

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

Le Divorce dans l'Eglise Orthodoxe

SUIVI

d'un exposé des divergences entre les lois
civiles roumaines
et les lois ecclésiastiques en matière de mariage

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT
(Sciences Juridiques)

PRÉSENTÉE PAR

Nicolae Gr. IONESCO

LICENCIÉ EN THÉOLOGIE DE L'UNIVERSITÉ DE BUCAREST

JURY :

Président : M. Paul FOURNIER

Examineurs : M. CHÉNON

M. MEYNIAL

LES PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

49, Boulevard Saint-Michel, 49 — PARIS

—
1925



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Le Divorce dans l'Eglise Orthodoxe

SUIVI

d'un exposé des divergences entre les lois
civiles roumaines
et les lois ecclésiastiques en matière de mariage

Le Divorce dans l'Eglise Orthodoxe

SUIVI

d'un exposé des divergences entre les lois
civiles roumaines
et les lois ecclésiastiques en matière de mariage

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT
(Sciences Juridiques)

PRÉSENTÉE PAR

Nicolae Gr. IONESCO

LICENCIÉ EN THÉOLOGIE DE L'UNIVERSITÉ DE BUCAREST

JURY :

Président : M. Paul FOURNIER

Examineurs : M. CHÉNON

M. MEYNIAL

LES PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

49, Boulevard Saint-Michel, 49 — PARIS

*La faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses
Ces opinions doivent être considérées comme pro-
pres à leurs auteurs.*



PRÉFACE

Le but du présent ouvrage n'est pas de faire une étude de législations religieuses comparées, ni d'exposer les arguments pour et contre le divorce. Dans cette dernière question, comme le remarque M. Glasson, toutes les opinions ont été recueillies et toutes les solutions essayées. (Le mariage civil et le divorce, 2^e édition, page 492).

Quant à nous, nous partageons l'opinion d'Edmond Willequet, qui soutient que l'institution du divorce ne procède pas d'un sentiment de mépris pour le lien conjugal, que, bien au contraire, elle témoigne du soin qu'ont pris les législateurs de maintenir dans la plus haute estime l'institution du mariage. « Le divorce, s'exprime-t-il, remède aux maux qui naissent des unions mal assorties, rend non seulement les sexes à leur destination intime, mais il empêche que l'opinion publique n'attribue au mariage même les désordres, dont elle aurait devant les yeux l'affligeant spectacle. Loin donc d'être en hostilité avec le mariage, le divorce en est le complément (Du Divorce, p. 8).

Nous voulons simplement exposer la doctrine de l'Eglise orthodoxe sur les cas dans lesquels le divorce est admis, étant bien entendu que cette Eglise soutient en principe l'unité et l'indissolubilité du mariage.

D'après cette doctrine, admettre le divorce pour certaines causes ne veut pas dire que l'homme sépare ce que Dieu a uni, car de même que l'Eglise au nom de Dieu unit les époux, de même au nom du même Dieu elle peut les séparer, lorsque l'union contractée ne correspond plus à l'intention du Créateur. Elle était fondée à user du « pouvoir des clefs » (Matth. XVI, 13-20) d'autant plus que dans la ques-

tion du divorce il existe une dispense divine contenue dans les paroles rapportées dans saint Matthieu : XIX. 9, V. 32.

Le progrès du Nouveau Testament sur l'Ancien, dans la matière qui nous préoccupe, réside dans le fait que le Seigneur a supprimé la peine de mort infligée à la femme adultère par la législation de Moïse, en faisant produire à l'adultère, désormais unique cause de divorce, la dissolution du mariage, et en laissant subsister pour les divorcés le droit de contracter un nouveau mariage. En effet, quand nous interprétons les textes évangéliques, nous devons faire la comparaison, non avec nos institutions modernes mais bien avec le milieu juif à l'époque du Seigneur, et avec les institutions de Moïse qui admettait le divorce et le droit pour les divorcés de se remarier.

D'après la doctrine de l'Eglise orthodoxe, l'exception « sauf en cas d'adultère » s'applique tant au principe de l'indissolubilité du mariage qu'au principe de l'interdiction du second mariage.

Mais avant d'exposer les causes et la procédure du divorce dans l'Eglise orthodoxe, nous avons jugé nécessaire de définir l'Eglise dont nous parlons et de faire sommairement l'historique du divorce chez elle.

L'ouvrage se termine par un aperçu sur les divergences entre les lois civiles roumaines et les lois ecclésiastiques en matière de mariage.

Paris, 20 avril 1925.

INTRODUCTION

Idée générale sur l'Eglise orthodoxe.

L'Eglise, dont nous nous occupons, est la société des fidèles chrétiens soumis aux patriarches d'Antioche, d'Alexandrie, de Jérusalem, de Moscou et récemment de Belgrade et de Bucarest, ou aux synodes nationaux en communion avec le patriarche de Constantinople, qui pour des raisons historiques est le « *primus inter pares* ».

Cette Eglise, qui comprend plus de 140 millions de fidèles, suit la même liturgie, traduite dans la langue de chaque peuple⁽¹⁾, et reconnaît comme règle exclusive de la foi la doctrine des huit premiers siècles chrétiens.

Pour certains auteurs, cet attachement à la doctrine des premiers siècles chrétiens constituerait une pétrification regrettable ; pour l'Eglise orthodoxe, au contraire, c'est un titre de gloire et la preuve manifeste de la pureté de sa foi.

Et d'abord, nous devons nous expliquer sur les raisons pour lesquelles nous employons le terme « orthodoxe ». En effet, chaque Eglise revendique pour elle ce terme, qui, pris dans son sens étymologique, veut dire « qui possède la vraie foi ». Sans cette prétention, toute Eglise perdrait les raisons d'exister comme Eglise à part.

L'Eglise orthodoxe, elle aussi, a la certitude de posséder la vraie doctrine chrétienne. Mais nous n'entrerons pas dans la discussion de cette question théologique et nous nous bornons de remarquer que nous employons ce terme comme désignation technique de l'Eglise définie plus haut.

(1) Les Slaves font usage de la liturgie byzantine traduite en vieux slavons.

En effet, le terme d'Eglise « grecque » qu'on emploie encore en Occident est trop étroit⁽¹⁾. Aux premiers siècles, ce terme avait sa raison d'être, car à cette époque l'Eglise orthodoxe presque tout entière parlait grec et avait, en tout cas, pour centre reconnu, la capitale de l'empire grec. Mais il n'en est plus de même aujourd'hui : depuis longtemps la plus grande partie des fidèles de cette Eglise ont cessé de prier en grec et l'ancienne capitale de cette Eglise n'est plus en pays grec. L'Eglise grecque proprement dite, c'est-à-dire l'Eglise du royaume de Grèce ou l'Eglise hellénique, n'est qu'une minime portion de celle qui nous occupe.

Il en est de même du terme Eglise « russe », quoique cette dernière constitue la principale église orthodoxe.

D'autre part, l'appellation d'Eglise « orientale » est trop vaste, puisque plusieurs Eglises orientales ne sont pas en communion avec l'Eglise orthodoxe.

« Le terme qu'il conviendrait le mieux, écrit M. Bousquet, serait celui, dont elle se sert elle-même pour se désigner ; elle se nomme elle-même depuis plus de mille ans, depuis qu'elle a chassé de son sein l'hérésie des iconoclastes, l'Eglise orthodoxe, il vaudrait donc mieux l'appeler ainsi, sans donner à cette expression un autre sens que celui d'un nom propre⁽²⁾ ».

*
* *

Les sources du droit canonique de l'Eglise orthodoxe sont, outre la sainte Ecriture et la Tradition, les canons contenus dans le Nomocanon composé l'an 833 et longtemps attribué à Photius.

Ces canons sont : 1° Les canons apostoliques ;

(1) Joseph Bousquet, « l'Unité de l'Eglise », p. 6. Paris 1913.

(2) Ibid., p. 7.

2° les canons des synodes œcuméniques, à savoir : *a)* le premier synode œcuménique de Nicée (325), *b)* le deuxième synode œcuménique, tenu à Constantinople (381), *c)* le troisième synode œcuménique d'Ephèse (431), *d)* le synode de Calcédoine (451) ou le quatrième synode œcuménique ; *e)* le synode *in Trullo* (691-692) ou le synode œcuménique appelé « le *quinisextus* » ; *f)* le deuxième synode de Nicée ou le septième synode œcuménique (787).

3°) Les canons des synodes provinciaux, à savoir : *a)* du synode d'Ancire (314) ; *b)* du synode de Néo-Césarée (314-325) ; *c)* du synode de Gangre (340) ; *d)* du synode d'Antioche (341) ; *e)* du synode de Ladiocée (343) ; *f)* du synode de Sardica (343) ; *g)* du synode de Constantinople tenu sous Nectarius (394) *h)* du synode de Carthage (419) ; *i)* des synodes de Constantinople, de 861 et 879.

4°) Les canons des saints Pères, à savoir : *a)* de Denys d'Alexandrie (265) ; *b)* de Grégoire de Néo-Césarée (270) ; *c)* de Pierre d'Alexandrie (311) ; *d)* d'Athanase le Grand (373) ; *e)* de Basile le Grand (379) ; *f)* de Timothée d'Alexandrie (385) ; *g)* de Grégoire le Théologien (389) ; *h)* d'Amphilochius d'Iconium (395) ; *i)* de Grégoire de Nysse (395) ; *j)* de Théophile d'Alexandrie (412) ; *k)* de Cyrille d'Alexandrie (444) ; *l)* de Genadios de Constantinople (471) ; *m)* de Tarasios de Constantinople (809).

Dans la « Syntagma athénienne », à ces canons on a ajouté, sous le titre de Διαφορά, quelques prescriptions canoniques extraites des œuvres de saint Basile le Grand, de Jean Chrysostome et de St. Athanase, en outre les réponses synodales du patriarche Nicolas de Constantinople (1086-1111), les canons de Nicéphore le Martyr (818) de même que le Κανονισμὸν de Jean l'Ermite.

La « Syntagma athénienne », publiée à Athènes par MM. Rally et Potlis (1852-59), forme une collection ecclésiastique universelle et officielle, étant re-

connue comme telle par les plus hautes autorités des différentes Eglises nationales.

Il est à remarquer que dans l'Eglise orthodoxe le pouvoir législatif est exercé « *sinodaliter* ». Après les synodes œcuméniques, le pouvoir législatif appartient aux synodes formés par les évêques des différentes églises autocéphales. L'activité législative la plus importante a été celle du synode patriarcal de Constantinople, auquel très souvent ont participé des évêques et des patriarches, appartenant aux régions soumises à la domination turque. Les décisions de l'Eglise de Constantinople sont suivies par toute l'Eglise orthodoxe.

Enfin, il ne faut pas perdre de vue que l'Eglise orthodoxe admet encore le principe que nous trouvons dans le chapitre 28 du premier titre du Nomocanon en XIV titres, où il est dit : « Dans les questions non résolues par les canons nous devons nous en tenir aux lois civiles »⁽¹⁾.

L'Eglise orthodoxe pouvait admettre ce principe d'autant plus facilement que les empereurs gréco-romains ont reconnu aux lois de l'Eglise la même force obligatoire qu'aux lois de l'Etat, en décrétant que toute loi contraire aux canons n'aura plus de force.

En cas de conflit entre les lois civiles et les canons, l'Eglise orthodoxe, suivant en cela l'opinion de Balsamon, reconnaît que « les canons ont plus de force que les lois de l'Etat, puisqu'étant faits et confirmés par les saints Pères et par les empereurs, ils ont la même importance que la sainte Ecriture, tandis que les lois de l'Etat, étant l'œuvre uniquement des empereurs, ne peuvent avoir la même force que la sainte Ecriture et les canons »⁽²⁾.

(1) Syntagma I. 68.

(2) Ibid. I. 38.

La séparation des Eglises, l'an 1054, est une des questions les plus discutées. Etant donné la gravité de cet acte et les conséquences fâcheuses pour l'unité et la splendeur de l'Eglise chrétienne, chaque Eglise particulière en rejette sur l'autre la responsabilité.

Nous nous bornerons à indiquer sommairement les questions qui séparent les deux églises, tant au point de vue disciplinaire que dogmatique.

Voici quelques divergences secondaires : 1°) Dans l'Eglise orthodoxe la confirmation a lieu immédiatement après le baptême et c'est d'ordinaire le prêtre qui la confère. Les orthodoxes proscrivent de leurs Eglises les statues des Saints, mais vénèrent leurs images peintes. 2°) Ils ont seulement trois ordres mineurs, parmi lesquels on compte le sous-diaconat. 3°) Les futurs prêtres se marient avant de recevoir le sous-diaconat. Une fois diacres, cependant, ils ne peuvent plus se marier. 4°) Il n'y a point de chanoines dans les Eglises-cathédrales. 5°) Les évêques ne portent pas l'anneau, mais ils ont la croix pectorale. 6°) Les prêtres et les moines portent la barbe et laissent croître leur chevelure. 7°) Les orthodoxes gardent l'abstinence tous les mercredis et vendredis ; en revanche ils ne jeûnent jamais les jours de fête ni le samedi, hormis le Samedi Saint⁽¹⁾.

Les divergences essentielles sont énumérées dans la Lettre encyclique signée par les membres du synode de Constantinople et par le patriarche Anthime (1895) et adressée au clergé et au peuple orthodoxe.

« Si les Occidentaux, dit l'encyclique, venaient à prouver que, d'accord avec l'enseignement des saints Pères et des saints Conciles œcuméniques, l'Eglise romaine d'Occident, alors orthodoxe, récitait, avant

(1) François Tournebise « L'Eglise grecque-orthodoxe et l'Union », p. 67 et suiv,

le neuvième siècle, le symbole de la foi avec l'adjonction du *Filioque* ; qu'elle faisait usage du pain azyme, qu'elle admettait le dogme du Purgatoire ; le baptême par aspersion au lieu du baptême par immersion, l'Immaculée Conception de la sainte Vierge, le pouvoir temporel et l'absolutisme de l'évêque de Rome, l'efficacité des indulgences en faveur des vivants et des décédés, l'entière récompense des saints et leur admission à voir Dieu face à face avant le jugement dernier, qu'elle employait pour la consécration les paroles mêmes de Notre Seigneur ; enfin qu'elle donnait aux fidèles la communion sous la seule espèce du pain, nous n'aurions absolument rien à dire. Mais ce sont là, poursuit l'encyclique, des pratiques et des dogmes introduits depuis le IX^e siècle » (§ 6).

*
* *
*

Un phénomène intéressant est, certainement, la constitution des Eglises nationales autocéphales, indépendantes au point de vue de l'administration intérieure, obligées par l'acte, qui leur concède l'autocéphalie, de conserver l'unité dogmatique et canonique avec les autres églises autocéphales.

Dans les **tomoi** ou décrets d'autocéphalie, rendus par le synode de l'Eglise à laquelle avait appartenu la nouvelle Eglise autocéphale, on affirme que les églises autocéphales demeurent sœurs dans le même dogme et la même foi, « qu'elles gardent entre elles l'unité de la foi dans le lien de la charité ».

L'indépendance des Eglises nationales trouve sa base tant dans la sainte Ecriture que dans les premières décisions de l'Eglise. Le 34^e canon apostolique décide que l'Eglise de chaque nation est indépendante sous l'autorité de son premier évêque, ce qu'on exprime aujourd'hui par le principe admis

dans l'Eglise orthodoxe : « à chaque nation indépendante, une autorité ecclésiastique autonome ».

Dans l'administration de l'Eglise tout entière les apôtres ont agi « *sinodaliter* » ; mais dans les provinces, où ils fondaient de nouvelles Eglises, ils agissaient indépendants les uns des autres, travaillant sous l'inspiration continuelle de l'unité de l'Esprit.

Les synodes œcuméniques, pénétrés de cette doctrine, ont confirmé législativement les droits des différentes Eglises provinciales, de même que leur indépendance, donnant de cette manière force de lois aux dispositions sanctionnées par les coutumes.

Ce morcellement en Eglises nationales est un des griefs que les Occidentaux font souvent à l'Eglise orthodoxe ; c'est à ce morcellement qu'ils attribuent l'impossibilité pour cette dernière de se réunir en synodes généraux et c'est pour cette raison qu'ils l'appellent quelquefois une Eglise « acéphale », c'est-à-dire sans tête.

Mais le fait de ne s'être plus réunie en conciles œcuméniques depuis le VIII^e siècle est dû non à une impossibilité organique, qui vicierait la constitution de cette Eglise, mais bien aux circonstances politiques défavorables. Des siècles entiers, les nations orthodoxes ont servi de remparts contre l'invasion turque, qui, au point de vue religieux, les a empêchées de s'organiser conformément aux principes fondamentaux établis dès le premier siècle.

Les Eglises orthodoxes, actuellement autocéphales et formant un ensemble de plus de 140 millions de fidèles, sont au nombre de 11 :

(1) La première de ces Eglises, par ordre de préséance, est la grande Eglise patriarcale de Constantinople, qui renferme dans son ressort la Turquie d'Europe, les îles turques de l'Archipel et de l'Asie mineure.

(2) L'Eglise orthodoxe d'Alexandrie, qui comptait des millions de fidèles avant la crise monophysite,

n'en possède aujourd'hui que quelques dizaines de mille.

(3) Le patriarcat d'Antioche, qui comprend plus de 300.000 fidèles : les Syriens en forment la grande majorité.

(4) Le patriarcat de Jérusalem, dont la communauté la plus importante, outre l'élément arabe, est la riche communauté du Saint-Sépulcre ou des Hagiotaphites.

(5) Au sud du patriarcat de Jérusalem se trouve l'archevêché indépendant du Mont Sinaï, qui n'a sous sa juridiction que les moines du couvent de sainte Catherine et les habitants des métokhia, qui en dépendent. L'archevêque du Mont Sinaï est tout à fait indépendant ; il est sacré par le patriarche de Jérusalem.

(6) On trouve encore une Eglise indépendante sur le territoire de la colonie anglaise de Chypre : elle a un archevêque, qui réside à Nicosie et possède en outre trois sièges épiscopaux, ceux de Paphos, de Kition et de Kyrénia.

(7) Les Russes ont reçu le christianisme par les missionnaires de l'Eglise de Constantinople (1015), qui leur a envoyé aussi les premiers évêques. Après la chute de Constantinople (1453), les relations entre les deux Eglises devenant difficiles à cause de l'invasion ottomane, l'Eglise russe fut proclamée indépendante à la suite d'un accord intervenu entre le grand duc d'alors et le patriarche de Constantinople.

A la fin du 16^e siècle (1588), l'indépendance de l'Eglise russe a été de nouveau confirmée ; à cette occasion, l'évêque de Moscou reçut le titre de patriarche et le 5^e rang dans la hiérarchie générale.

Vers 1700, Pierre le Grand supprima ce patriarcat, en lui substituant le Saint-Synode.

Le patriarcat a été rétabli le 28 octobre 1917 en la personne de Tikhon. Le régime sous lequel vit actuellement l'Eglise russe est celui de la séparation.

(8) L'Eglise de Grèce s'est constituée en Eglise autocéphale en 1850. Elle se trouve sous la direction d'un Saint-Synode, dont la constitution a été calquée sur celle de l'Eglise russe.

(9) L'Eglise de Serbie fut déclarée autocéphale en 1879,

(10) Celle de Roumanie en 1885.

(11) L'Eglise bulgare instituée indépendante par le firman impérial du 27 février (11 mars 1870) ne fut reconnue autocéphale que lorsque la Bulgarie fut déclarée Etat indépendant (1913).

A la suite des changements territoriaux résultant des traités de paix, qui ont mis fin à la grande guerre de 1914-1918, les Eglises autocéphales de Carlovitz, de Bosnie-Herzégovine et du Monténégro ont été rattachées à l'Eglise serbe et les Eglises indépendantes de Sibiu (Hermannstadt) et de Cernăuți (Czernovitz) à l'Eglise du Royaume de Roumanie.

*
* *
*

La législation, que nous allons exposer dans les pages suivantes, est celle qui résulte des canons et de la doctrine des Pères et qui devrait être appliquée dans toutes les Eglises orthodoxes et non seulement dans les quatre patriarchats orientaux, où les patriarches ont de tout temps exercé la juridiction religieuse et civile sur leurs fidèles.

En fait, les pays orthodoxes, à l'exception de la Russie, où sous le régime communiste le divorce a lieu par simple déclaration devant les autorités civiles, ont adopté la doctrine de la dissolution du mariage en cas d'adultère, limitant quelquefois le nombre de causes de divorce (1).

(1) Pour les causes de divorce d'après la législation civile actuelle, voyez pour l'Autriche, § 115 du Code civil général ; pour la Serbie, §§ 94-97 du Code civil ; pour l'ancienne Russie Svod. Zak. tome X, 1^{re} partie, art. 37-56 ; pour

La compétence appartient en général aux tribunaux ecclésiastiques (les quatre patriarchats orientaux, l'ancienne Russie, la Serbie), sauf dans les pays où le mariage n'est considéré que comme un contrat purement civil.

En Grèce, où le mariage-contrat civil a été introduit en 1835, les demandes de divorce sont portées en première instance devant le tribunal d'arrondissement et en appel devant la cour royale.

En Roumanie, depuis l'introduction du code civil (1865) et malgré l'affirmation contraire de l'art. 22. de l'ancienne constitution de 1866, le mariage a été considéré comme contrat purement civil ; la compétence en questions matrimoniales appartient donc exclusivement aux tribunaux civils.

Mais, même dans ces derniers pays, on remarque un revirement en ce sens que les Eglises veulent y reconquérir le droit exclusif de prononcer la dissolution des mariages ou tout au moins partager ce droit avec le pouvoir civil.

C'est le vœu exprimé par la commission pan-orthodoxe réunie à Constantinople en 1922, vœu qui trouve son expression dans le projet d'unification administrative de l'Eglise roumaine. (Projet du 17 octobre 1923, art. 16).



la Grèce l'Exarchat d'Harménopoulos IV. 15. 2. 4. 6. 7. 11. 13. 14 ; pour la Bulgarie, art. 187, 1-10 du statut exarchal de 1895 et la loi du 21 mars 1897, art. 187-191 ; pour l'ancien Monténégro, art. 215-221 du statut consistorial de 1904.

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I

La doctrine de l'Eglise orthodoxe en matière de divorce.

§ I. — *L'indissolubilité du mariage.*

Conformément aux paroles du Christ, l'Eglise orthodoxe a affirmé avec énergie le principe de l'unité et de l'indissolubilité du mariage. Pour elle le mariage consiste en une union complète et indissoluble des époux, qui comme tels non seulement ont les mêmes droits et les mêmes obligations l'un envers l'autre, mais deviennent une seule chair et un seul sang.

Cette union, résultant de l'intervention et de la bénédiction divines, ne peut plus être dissoute ou rompue par la simple volonté des hommes, tant qu'elle correspond à l'intention du Créateur.

Dans le mariage, l'Eglise orthodoxe voit à la fois un contrat civil et un sacrement ; c'est de ce dernier caractère que découle l'indissolubilité du mariage.

Des passages importants de la Sainte Ecriture se prononcent pour le principe de l'indissolubilité. Nous y lisons : « Et moi, je vous dis : Quiconque renvoie sa femme, hors le cas d'impudicité, la rend adultère ; et quiconque épouse la femme renvoyée commet un adultère (Matth. V. 32 ; XIX, 9). Que l'homme ne sépare donc pas ce que Dieu a uni (Matth. XIX. 6 ; Marc X. 9). Ainsi une femme mariée est liée par la loi à son mari tant qu'il est vivant, mais si le mari meurt, elle est dégagée de la loi qui la liait à son mari (Rom. VII. 2). Quant aux personnes mariées, j'ordonne, non pas moi, mais le Seigneur, que la femme ne se sépare point de son mari ;

— si elle en est séparée, qu'elle reste sans se remarier ou qu'elle se réconcilie avec son mari ; pareillement que le mari ne répudie point sa femme » (I. Corinth. VII. 10).

Après une doctrine si claire du Seigneur et des Apôtres, il est très explicable que tous les docteurs de l'Eglise, sans exception, aient enseigné la même vérité. Par exemple : Saint Justin le Martyr, Clément d'Alexandrie, Saint Basile, Saint Jean Chrysostome, Saint Cyrille d'Alexandrie et d'autres encore⁽¹⁾.

§ 2. — *L'exception « sauf en cas d'adultère ».*

Le Seigneur a indiqué une seule cause de dissolution du mariage ; c'est le cas d'infidélité, c'est-à-dire de violation du lien conjugal par l'un des époux : « Mais je vous le dis, celui qui renvoie sa femme, si ce n'est pour impudicité, et en épouse une autre, commet un adultère ; et celui qui épouse une femme renvoyée, se rend adultère » (Matth. XIX. 9).

Et moi, je vous dis : Quiconque renvoie sa femme, hors le cas d'impudicité, la rend adultère, et quiconque épouse la femme renvoyée commet un adultère (Ibid. V. 32).

Pour cette raison, les canons des saints synodes et les règles des saints Pères indiquent seulement cette cause de dissolution du mariage, cependant ils remarquent que même dans ce cas le lien peut être maintenu par la réconciliation des époux⁽²⁾.

(1) Justin, Apolog. I. N° 6 ; Clem. Alex. Strom. II, 23 ; III. 11. Saint Basile : Exaïmeron, tome VII. N° 5 ; Chrysost. Epist. ad Syriac. CXXV ; Epiph. Expos. Fidei cathol. N° XXI ; Haer. LIX, N° 4, 6 ; Cyrille Alex. in Malach. N° 28 ; Théodorète in I Corinth. VII. 11 ; Lactance, Instit. div. VI. 23.

(2) Conc. Néo-Césarée c. 8 ; Conc. Carth. c. 115 ; Saint Basile, les règles : 9. 21. 39. 48. ; le VI^e conc. œcum. c. 87.

Les passages de saint Mathieu indiqués plus haut ont donné lieu à une grosse controverse. Les adversaires du divorce, ne pouvant pas nier l'authenticité des textes en question, ont émis plusieurs hypothèses, pour écarter la dissolubilité du mariage, même en cas d'adultère.

Notre but n'étant pas de faire de l'exégèse, nous nous bornons à les indiquer sommairement.

Certains auteurs soutiennent que le mot πορνεία veut dire fornication antérieure au mariage. Cette opinion ne peut pas être acceptée parce que :

a) Du contexte il résulte qu'il s'agit d'un mariage régulièrement contracté ;

b) Le Seigneur n'emploie nulle part ailleurs le mot πορνεία dans le sens de fornication antérieure au mariage et enfin,

c) πορνεία a le sens d'adultère dans l'Ancien et le Nouveau Testament⁽¹⁾.

A cause de ces difficultés on a proposé d'autres explications.

D'après les uns, l'expression Παρεκτός λόγου πορνείας serait une exclamation et elle aurait le sens suivant : Quiconque renvoie sa femme — que l'idée des relations adultères reste loin de moi, d'une pareille chose je ne veux point parler, — la rend adultère. Cette prétendue explication est en contradiction avec le texte.

D'autres enfin proposent de répéter le pronom relatif dans le second membre de la phrase. Le sens serait le suivant : Commet l'adultère non seulement celui qui renvoie sa femme pour une autre cause que l'adultère sans en épouser une autre, mais aussi celui qui la renvoie pour cause d'adultère et en épouse une autre.

\\ Pour l'Eglise orthodoxe, comme nous l'avons déjà mentionné, l'expression Παρεκτός λόγου πορνείας se réfère

(1) Cigoj, Die Unauflöslichkeit der christlichen Ehe, p. 200, Paderborn, 1895.

tant au premier qu'au deuxième membre de la phrase. Les auteurs catholiques eux-mêmes le reconnaissent⁽¹⁾.

Si Marc, Luc et Paul n'indiquent pas l'adultère comme cause de divorce, c'est qu'ils n'ont pas cru nécessaire d'écrire sur une question, que tout le monde connaissait à cette époque là.

Dans Marc, Luc et Paul, l'expression « sauf en cas d'adultère » s'entend d'elle-même, elle y est implicitement comprise.

Outre les arguments de textes, l'Eglise orthodoxe invoque à l'appui de sa doctrine des raisons d'humanité. En effet, c'est commettre une injustice d'affirmer que parce que l'un des époux n'a pas respecté la sainteté du mariage, en violant par l'adultère la foi promise, l'autre époux innocent soit privé du droit naturel de se marier, tant que l'époux coupable est encore en vie. Cette affirmation est contraire à la raison, comme le remarque Origène au 3^e siècle. Une pareille violation de la nature humaine n'est nulle part recommandée dans la Sainte Ecriture. (Comp. I Cor. VII. 9).

Tout en admettant le divorce pour cause d'adultère, l'Eglise orthodoxe le considère comme une exception qui n'a pas la même valeur morale que la règle, enfin comme une possibilité non désirée, provoqué par des causes et nécessités externes ou internes.

Les causes de divorce sont vis-à-vis du principe de la communauté indivisible des époux non des inconséquences de la législation ecclésiastique et civile, mais seulement des accommodements passagers avec la faiblesse humaine. Elles sont des exceptions qui ne suppriment pas la règle ; même comme exceptions elles ne sont pas à rejeter, parce qu'elles ont pour but d'éviter un mal plus grand, qui pour-

(1) Cigoï, op. cit. p. 202.

rait être causé par une sévérité qui ne tient compte de rien⁽¹⁾.

Bien plus, c'est par égard pour la haute dignité du mariage que l'Eglise orthodoxe a jugé nécessaire de statuer sur sa dissolution, lorsque des circonstances contraires ont détruit le rapport interne des époux entre eux⁽²⁾.

De bonne heure on a élargi la notion d'adultère : celui-ci est pris non seulement dans le sens d'union charnelle contraire aux lois, mais aussi dans le sens d'adultère spirituel. C'est dans ce dernier sens qu'il est pris dans St. Jean VIII. 41. de même que dans Hermas, car, s'exprime ce dernier, « l'adultère ne veut pas dire seulement souiller son corps, mais quiconque fait les mêmes choses que les païens commet l'adultère »⁽³⁾.

Origène aussi (254) se prononce pour l'extension de la notion d'adultère. Dans le commentaire sur Matth. XIX, après avoir parlé des lois de l'Ancien et du Nouveau Testament, il se pose la question si sous l'expression πορνεία on peut comprendre aussi d'autres fautes de la femme, comme par exemple le crime d'empoisonnement, l'infanticide, le saccagement de la maison et si la dissolution du

(1) V. Zhishman, Das Eherecht der morgenlandischen Kirche p. 119. Wien, 1864.

(2) L'Eglise catholique-romaine admet, elle aussi, la dissolution complète du lien conjugal, dans certains cas. D'abord la dissolution est admise dans le cas de l'Apôtre (I Cor. VII. 22) ; de même en cas de *matrimonium ratum sed non consummatum*.

Le mariage des infidèles peut également être brisé par une dispense pontificale, accordée « *in fidei favorem* ». Enfin, au moyen des empêchements dirimants, l'Eglise catholique arrive à la dissolution du lien conjugal : seulement au lieu de déclarer le mariage dissous, on le déclare non valablement contracté, nul et non avenue.

(3) Migne, P. G. II. 919.

mariage devrait être accordée pour ces causes aussi sérieuses⁽¹⁾.

Origène fait la remarque suivante : En cette matière la raison et la sainte Ecriture ne paraissent pas d'accord, puisque d'un côté Jésus n'a admis aucune autre cause légitime de dissolution que la *Πορνεία*, tandis que la raison semble indiquer que d'autres fautes aussi graves sont des causes suffisantes de dissolution.

L'écrivain se prononce pour l'affirmative, parce que Christ n'a pas interdit le divorce d'une façon générale, mais il a dit simplement : quiconque se sépare d'une femme non adultère la rend adultère (Matth. V. 32).

St Ambroise se prononce également pour l'extension de la notion d'adultère : sont adultères, dit-il, tous ceux qui dénaturent la vérité de la foi et de la sagesse (Migne, P.L. XV. 1768), opinion partagée aussi par Saint Jérôme (420) (c. 7. C. XXXII. qu. 7).

Dans « *De sermone Domini in monte* », ch. 12. n° 36, le bienheureux Augustin traite de la signification de l'expression fornication en s'exprimant ainsi : « Puisque par la Sainte Ecriture l'idolâtrie est constamment nommée fornication, et l'apôtre Paul désigne l'avidité des richesses du nom d'idolâtrie, qui pourrait douter que tout désir coupable est à juste titre nommé fornication ? »⁽²⁾

Dans le ch. 16 (n° 43), le Père de l'Eglise pose à nouveau la question de l'étendue de la notion de fornication, à cause de laquelle le renvoi de la femme est permis : il se demande si par ce mot on doit entendre la fornication, qui se commet par l'impudicité, comme tout le monde l'entend, ou s'il doit être également pris au sens dans lequel l'entend la

(1) Migne, XIII. 1245.

(2) Ibid. P.L. XXXIV. 1247.

Sainte Ecriture, qui, en général, désigne du nom de fornication toute dégradation, comme le sont l'idolâtrie, l'avidité des richesses et toute violation de la loi, commise à cause des désirs non permis.

En s'appuyant sur I. Cor. VII. 12, il répond par l'affirmative, à savoir, que sous le nom de fornication on doit comprendre, outre l'adultère charnel, aussi l'infidélité, qui constitue un adultère spirituel⁽¹⁾.

La même doctrine enseigne-t-il un peu plus loin dans le même chapitre (n° 46) : « Si l'infidélité est fornication et l'idolâtrie est infidélité et si la cupidité est de l'idolâtrie, il est indubitable que la cupidité aussi est fornication. Qui peut donc exclure de la notion de fornication tout désir coupable⁽²⁾ » ?

De même, le canon 4 de Grégoire de Nysse assimile à l'adultère les vices contre nature et Saint-Basile, can. 7 et Théodore Stud.⁽³⁾ lui assimilent le meurtre, le crime d'empoisonnement et l'idolâtrie.

Très souvent on applique l'expression « adultère » à l'usurpation de la dignité épiscopale⁽⁴⁾ et au mariage conclu arbitrairement, avant que le premier eut été dissous dans les formes légales pour un motif quelconque de divorce⁽⁵⁾.

L'extension de la notion de fornication est admise aussi par l'Eglise catholique romaine⁽⁶⁾, l'appliquant, bien entendu, en cas de séparation de corps, qui peut être prononcée pour les causes mentionnées

(1) Migne, l. c. 1252.

(2) Ibid. 1253.

(3) Migne, P.G. XCIX. 974. 1010.

(4) Evagr. Hist. eccl. II. 8. Nicet. Paphlag. Vit. Ignat. Patr. Const. Coleti. X. 736.

(5) Can. 48. apost, can. 9 et 77 Saint Basile, 87 in Trullo ; Clem. Alex. Strom. 2. 23 ; Blastares, Synt. ath. VI. 177.

(6) C. XI. XII. C. XXXII. qu. 4 ; c. VII. C. XXXII qu. 7 et la glose V° Sodomita ; c. V. VI. C. XXVIII. qu. I.

plus haut, pour « *multiplas causas* » comme s'exprime le nouveau *Codex juris canonici*.

§ 3. — *La doctrine des Pères de l'Eglise et des conciles des huit premiers siècles chrétiens.*

Les Pères de l'Eglise admettent la dissolution du mariage en cas d'adultère : tous, à partir de Théophile, évêque d'Antioche († vers 185), reproduisent le texte de Saint Matthieu, qui déclare le mariage indissoluble, sauf pour cause d'adultère.

Le premier qui y fait allusion est **Hermas**, au deuxième siècle de l'ère chrétienne.

Dans le lib. II, mand. IV, cap. I⁽¹⁾ de son œuvre le « Pasteur » (écrit vers l'an 145), Hermas, entre autres choses, demande au pasteur qui lui est apparu sous la forme d'un ange, si un homme, qui a surpris en adultère sa femme, pourrait, sans commettre un péché, continuer à vivre avec elle. Dans sa réponse l'ange distingue, selon que l'homme a eu ou non connaissance de la faute de sa femme. Dans ce dernier cas, en continuant le mariage il ne commet pas de péché ; mais s'il a eu connaissance de la faute de sa femme, et qu'elle ne fasse pas pénitence, mais au contraire, persiste dans l'adultère, il devient co-coupable et participe à l'adultère.

A la question, si la femme, qui veut revenir auprès de son mari après avoir fait pénitence, doit ou non être reprise, il reçoit de l'ange l'instruction suivante : « Si le mari ne veut pas la reprendre, il commet un péché et se rend gravement coupable ; bien au contraire, celui qui a commis le péché et a fait pénitence, doit être repris, mais seulement, *une seule fois*, car pour les serviteurs de Dieu la pénitence n'est admise qu'une seule fois. C'est à cause de la possibilité de la pénitence que le mari ne doit pas épouser une autre femme. Cette disposition, ajoutait-il, est valable pour femme et homme ».

(1) Migne, P.G. II. 919.

Il reproduit le même principe un peu plus loin au sujet de l'idolâtrie, qu'il assimile à l'adultère. C'est à cause de ce précepte (de la pénitence), dit-il, que vous, hommes et femmes, devez rester non mariés, car de cette manière, la pénitence pourra, peut-être, avoir lieu.

Il résulte de ce texte que Hermas fait dépendre le second mariage de l'époux innocent de la pénitence de l'époux coupable et non de l'idée de l'indissolubilité absolue du mariage ; il en résulte encore, que, si l'époux adultère tombe en péché pour la deuxième fois, rien n'empêchera plus le second mariage de l'époux innocent.

Le texte d'Hermas a toutefois donné lieu à une controverse, qui est loin d'être terminée ; il est à remarquer que Hermas ne cite aucun texte et qu'il reflète simplement les mœurs de son époque.

St Justin le Philosophe et le Martyr († vers 167) se prononce sur le divorce dans ses deux Apologies.

Dans la première Apologie, ch. 15, l'écrivain cite divers textes pour montrer la sublimité de la doctrine du Christ sur la chasteté ; entre autres, il cite aussi Matthieu V. 32. « Quiconque épouse la femme renvoyée commet un adultère » sans toutefois l'expliquer plus à fond. Et puis il continue : « De même que ceux qui, en conformité avec les lois humaines, contractent deux mariages, sont des pécheurs aux yeux de notre Maître, de même le sont ceux qui regardent une femme avec convoitise⁽¹⁾ ».

Ce texte présente des difficultés dans l'interprétation du mot : διγαμία (*duplex matrimonium*) : faut-il entendre par là la bigamie simultanée, le nouveau mariage après la mort de l'un des époux ou bien le second mariage des divorcés, permis par la loi des 12 tables ?

Il résulte du contexte que St Justin ne blâmait

(1) Migne. P. G. VI. 349,

pas les secondes noces en général, mais seulement le second mariage contracté avant que le premier soit dissous.

Plus clairement se prononce Justin dans sa deuxième Apologie ⁽¹⁾.

Ici l'écrivain parle d'une femme païenne, qui longtemps avait mené une vie déréglée et qui plus tard s'était convertie au christianisme. Elle a essayé aussi de convertir son mari, mais celui-ci persistait dans sa vie licencieuse, de telle sorte que son épouse voulait se séparer de lui, « puisqu'elle considérait comme coupable de continuer à vivre en communauté conjugale avec un mari, qui contre les lois de la nature et contre tout droit, ne cherche de toutes les façons imaginables, que les voies de la luxure ; pourtant, déterminée par les prières des siens et tranquilisée par l'espoir d'une amélioration, elle s'est fait violence à elle-même et resta. Mais lorsqu'elle apprit la nouvelle que son mari, parti pour Alexandrie, s'y conduisait plus mal encore, pour ne pas devenir complice de ses péchés et méfaits par la continuation de la vie commune et par le partage de la table et du lit avec lui, elle lui envoya ce que vous (les Romains) nommez le *repudium* et se sépara.

Plus tard le mari retira la plainte formulée contre elle, toutefois il resta divorcé d'avec elle ».

Dans ces paroles nous voyons l'admissibilité du divorce.

Les idées d'**Origène** († 254) sur le mariage et le divorce se trouvent dans le commentaire sur Matth. c. XIV. Après avoir parlé des lois de l'Ancien et du Nouveau Testament, qui renferment beaucoup de dispositions donnant satisfaction à la faiblesse de la nature humaine, en se référant au I. Cor. VII. 39 : « la femme est liée aussi longtemps que vit son mari », Origène mentionne une coutume existant dans

(1) Ibid. 444.

plusieurs Eglises à son époque, à savoir que quelques-uns des préposés ecclésiastiques avaient permis à la femme de contracter un nouveau mariage, du vivant de son premier mari. Pour justifier la coutume, Origène ajoute qu'ils ne l'ont pas fait sans motifs, car, eu égard à la faiblesse humaine et pour éviter un mal plus considérable, il semble préférable d'admettre cette union⁽¹⁾.

Plus loin Origène réfute l'objection qui pourrait lui être faite par les Juifs, que Jésus-Christ admettait le renvoi de la femme dans les mêmes conditions que Moïse (Deut. 24. I), que par conséquent l'expression *Πορνεύει* de Matth. aurait le même sens que *ἄσχημον πράγμα* du Deut, par la considération que par cause de divorce dans l'Ancien Testament on ne peut pas entendre l'adultère, car celui-ci, d'après les lois, était puni de la peine de mort, mais une autre faute quelconque de la femme ; le Christ n'a admis la dissolution du mariage pour aucune autre cause que pour l'adultère.

Pour mettre en contradiction l'Ancien et le Nouveau Testament, Moïse et Christ, Marcion avait cité la doctrine sur le divorce (ch. 34), en affirmant que Christ a interdit le divorce, lorsqu'il proclame : « Quiconque renvoie sa femme..... (Luc XVI. 18), tandis que Moïse admet le divorce et puis il conclut triomphalement : « Vois-tu la contradiction entre la Loi et l'Evangile, entre Moïse et Christ ? ».

A cette objection, **Tertullien** († 240) répond entre autres choses : « Le Christ a interdit le divorce seulement conditionnellement, à savoir lorsque quelqu'un renvoie sa femme dans l'intention d'en épouser une autre... car quiconque épouse une femme *divorcée d'une façon illicite* est un homme adultère, pareil à celui qui épouse une femme déjà mariée ; car tout mariage, qui n'a pas été *dissous*

(1) Migne, P.G. XIII. 1245,

dans la forme due, continue d'exister ; et le fait de se marier, l'ancien mariage n'étant pas dissous, constitue l'adultère⁽¹⁾. Par conséquent, lorsque le Christ a interdit conditionnellement le renvoi de la femme, *il ne l'a pas interdit complètement*, il l'a permis du moment que la cause, qui le faisait interdire, n'existe plus. Donc il n'enseigne rien de contraire à Moïse, dont d'ailleurs il maintient la loi, pour ne pas dire qu'il la confirme », et un peu plus loin il continue dans ces termes : « Tu vois, par conséquent, comment Christ marche sur les traces du Créateur, tant lorsqu'il admet la dissolution du mariage que lorsqu'il l'interdit. Tu vois de même combien de précautions il prend pour le mariage, lorsqu'il supprime les lettres de divorce (le *repudium*), afin qu'il ne soit pas dissous, et lorsqu'il admet toutefois le divorce (*divortium*), afin que le mariage ne continue pas d'exister avec déshonneur ».

Dans l'ouvrage « *Institutionum divinarum libri VII* », écrit entre 316 et 322 et dédié à Constantin le Grand, **Lactance** († vers 330) rappelle aux mariés l'ordre de Dieu de vivre en continence et ajoute, en se référant certainement à Matth. V. 32. XIX, 9, que non seulement quiconque épouse la femme renvoyée est un homme adultère, mais aussi celui qui, sauf dans le cas d'adultère, renvoie sa femme pour en épouser une autre (Instit. div. l. VI. c. 23).

Nous trouvons un autre passage dans son abrégé : « *Epitome instit. div. ad Pentadium fratrem* », où il est dit, que, conformément à l'ordre divin, la femme ne doit pas être renvoyée, sauf lorsqu'elle a été convaincue d'adultère, afin que le lien conjugal ne soit jamais dissous, s'il n'a pas déjà été dissous par l'infidélité « *ut nunquam conjugalís fœderis vinculum, nisi perfidia ruperit, dissolvatur* » (*Epitome*

(1) Migne P. L. II 441.

ch. LXVI). Il en résulte que quiconque, après le renvoi de la femme adultère, en épouse une autre, n'est pas adultère.

Dans son commentaire sur l'évangile de Saint Matthieu, **Hilaire de Poitiers** († 366) fait la remarque que Christ a amélioré autant que possible l'ancienne loi du mariage, car tandis que la Loi, par le moyen des lettres de divorce, permettait au mari de renvoyer sa femme, actuellement la doctrine de l'Evangile non seulement lui impose l'obligation de conserver la paix, mais elle lui impute à faute l'adultère commis par la femme, lorsque celle-ci à la suite de la dissolution du mariage se voit dans l'obligation d'en épouser un autre, puisque cette doctrine n'admet aucune autre cause de dissolution du mariage (« *desinendi a conjugio* ») que celle qui rendrait impur le mari qui continuerait la vie commune avec une femme déshonorée⁽¹⁾.

On s'accorde à reconnaître que Hilaire admet le second mariage en faveur de l'époux non-coupable divorcé pour cause d'adultère⁽²⁾.

Le commentaire des épîtres de Saint Paul (*Commentarii in XIII epistolas beati Pauli*) a longtemps été attribué à Saint Ambroise († 397). Mais dans le commentaire sur I. Tim. III. 15., l'auteur précise qu'il vivait au temps du pape Damasus (366-384) ; il en résulte donc que l'auteur n'en est pas saint Ambroise, mais un autre écrivain qu'on désigne généralement du nom **Ambrosiaster**, nommé aussi Pseudo-Ambrosius.

Dans le commentaire sur I. Cor. V. 7. 10. 11, après avoir mentionné le conseil de Saint Paul : « Et le mari ne doit pas renvoyer sa femme », l'écrivain ajoute : « Dans sa pensée on entend, en outre, « sauf en cas d'adultère ». Et la raison pour laquelle cette

(1) Migne, P.L. IX. 940.

(2) Fahrner, Geschichte der Ehescheidung. p. 30. (édition 1903).

fois-ci l'Apôtre n'a pas fait l'observation qu'il a faite en parlant de la femme : « S'il s'est séparé, qu'il reste non marié », est que le mari a le droit de contracter un nouveau mariage, lorsqu'il a renvoyé sa femme coupable ; en effet, le mari n'est pas lié par la loi comme l'est la femme, puisqu'il est le chef de la femme ». (Migne, P.L. XVII. 218).

D'après la doctrine de l'auteur de ce commentaire qui, certainement, reflète les mœurs de l'époque, la femme a le droit de divorcer pour cause de fornication, d'apostasie et en cas *d'usus uxoris inversus* ; mais dans tous ces trois cas la femme n'a pas le droit de se remarier du vivant de son mari ; bien plus, dans les deux derniers cas, elle n'a même plus le droit de retourner auprès de son mari.

Il en est autrement du mari ; il ne doit pas renvoyer sa femme, « *excepta fornicationis causa* » ; dans ce dernier cas, il a le droit de contracter un nouveau mariage puisque l'Apôtre n'a pas ajouté, comme il l'a fait en parlant de la femme » : S'il s'est séparé, qu'il reste non marié ! »

Dans une lettre adressée à Amphilochius, évêque d'Iconium et métropolitain de Lycaonie, entre autres choses, **Saint Basile** († 379) écrit (Epist. 188. can. 9.) : « La décision du Seigneur, d'après laquelle il n'est pas permis de se séparer, sauf dans le cas d'adultère, s'applique, comme cela résulte de son sens, tant aux maris qu'aux femmes⁽¹⁾. Mais la coutume ne s'arrête pas ici : on fait usage de plus de sévérité envers les femmes. La coutume ordonne aux femmes de ne pas se séparer de leurs maris, même lorsqu'ils vivent en état d'adultère ou de fornication. Pour cette raison, je ne sais pas si on peut nommer adultère la femme qui vit avec un mari abandonné par son épouse ; la faute incombe sûrement à la femme, qui a quitté son mari, quelque soit la cause pour laquelle le mariage

(1) Migne, P. G. XXXII. 677.

a été dissous... Mais si la séparation a eu lieu à cause de l'inconduite du mari, un pareil procédé ne trouve pas sa justification dans la coutume ecclésiastique, car la femme ne doit pas se séparer même d'un mari infidèle, mais plutôt est-elle obligée d'attendre jusqu'au bout, à cause de l'incertitude du résultat : « Car, que sais-tu, femme, si tu sauveras ton mari » ? (I. Cor. VII. 16). Pour cette raison, la femme qui a abandonné son mari est adultère si elle a pris un autre mari ; mais le mari abandonné mérite l'indulgence, et la femme qui vit vec un pareil mari n'est pas à condamner⁽¹⁾ ».

Nous trouvons les mêmes idées dans une autre épître adressée au même Amphilochius (ep. 199. cap. 21) : « Un mari, qui vit avec sa femme, et qui non content de ses relations conjugales, se rend coupable de fornication, est considéré simplement comme un impudique et nous lui prolongeons le temps de pénitence. Nous ne possédons aucun canon déclarant coupable d'adultère le mari qui commet le péché avec une femme libre... Pour cette raison la femme doit reprendre son mari s'il renonce à sa mauvaise conduite, mais le mari doit chasser de sa maison la femme impure. La raison n'en peut être donnée facilement, la coutume a dans ce cas force de loi »⁽²⁾.

Dans la 31^e oraison⁽³⁾, après avoir déclaré que le premier mariage est légitime, le second permis et le troisième contraire à la loi, **St Grégoire de Nazianze** († 390) parle du divorce dans les termes suivants : « La loi (mosaïque) permet le divorce pour n'importe quelle cause, mais Christ ne le permet pas pour toute cause, mais seulement pour fornication ». Puisque Saint Grégoire de Nazianze fait la comparaison entre le divorce mosaïque et le divorce chré-

(1) Comp. le can. 77. Ibid. 804.

(2) Migne, P.G. XXXII. 722.

(3) Ibid. XXXVI. 289.

tien, il est évident qu'il l'admet, en cas de fornication, avec tous les caractères que le divorce avait dans l'ancienne loi, entraînant, par conséquent, en faveur du divorcé le droit de se remarier.

Astère († vers 390), métropolitain d'Amasée dans le Pont, se prononce explicitement pour la dissolution du mariage en cas d'infidélité. Dans l'homélie sur Matth. XIX. 3, il dit à ceux qui critiquent les femmes : « Sachez et soyez complètement convaincus, que le mariage n'est dissous que par la mort et l'adultère »⁽¹⁾.

Dans le même commentaire, un peu plus loin, Astère s'exprime : « Si le mari voulait se fonder sur l'adultère comme cause et s'il voulait l'invoquer comme justification de son divorce, je prendrai tout de suite la défense du mari offensé pour rejeter la responsabilité sur la femme adultère et je me trouverai aux côtés du mari non plus en ennemi, mais en combattant courageux ; j'approuve celui qui a fui la femme perfide et qui a rompu le lien l'enchaînant à un serpent, à une couleuvre... »

Pour la dissolution du mariage se prononce aussi **Saint Epiphane**, évêque de Salamis en Chypre († 403).

Dans son œuvre sur les hérésies, intitulée Πανάριον (le panier à pain), il combat d'abord les Novatiens, qui dans leur orgueil se nommaient « les purs », refusaient aux pécheurs le retour dans l'Eglise, interdisaient le second mariage, faisant preuve en général du même rigorisme que les Montanistes. Puis il continue dans ces termes : « Mais lorsque quelqu'un ne peut pas se contenter d'avoir eu une seule femme, soit que cette dernière vienne de mourir, soit pour un motif quelconque, pour fornication ou adultère, ou bien pour une cause déshonorante, la dissolution du mariage s'est produite, les Saintes Ecritures ne blâment pas un pareil homme, s'il a contracté une

(1) Ibid. XL. 228.538.

nouvelle union avec une deuxième femme, ou la femme avec un second mari, et elles ne les excluent pas non plus de l'Eglise, ni de la vie éternelle, mais elles sont indulgentes envers eux à cause de leur faiblesse ; non afin qu'il ait deux femmes en même temps, puisqu'une d'elle est encore vivante, mais afin que, divorcé d'avec la première, il contracte une nouvelle union avec une seconde femme, si cela lui semble bon. Les saintes Ecritures et la sainte Eglise de Dieu ont compassion d'un pareil homme, surtout lorsqu'il est pieux et se conduit d'après la loi de Dieu. Car, s'il n'en était pas ainsi, jamais l'Apôtre n'aurait dit aux veufs : « Ils doivent se marier, avoir des enfants, gouverner leur maison ». (I. Tim. V. 14). De même, de l'homme qui avait pris la femme de son père et qui, à cause de cela était déjà abandonné à Satan pour la destruction de la chair, il n'aurait pas parlé ainsi : « Afin que l'esprit soit sauvé au jour du Seigneur » (I. Cor. V. 5) et n'aurait pas cité ces paroles : « Vous devez bien plutôt lui faire grâce et le consoler, de peur qu'il ne soit absorbé par une tristesse excessive » (2. Cor. II. 7.)⁽¹⁾.

Dans la 10^e dissertation, après avoir cité Matth. V. 31. 32, **Saint Chromace d'Aquilée** († vers 407) continue dans ces termes : « Par ces paroles, il condamnait d'un côté la détestable⁽²⁾ licence des Juifs, et d'un autre côté, l'affirmation inattendue et pitoyable des Manichéens, que le mariage ne vient pas de Dieu, en proclamant le principe suivant : sauf dans le cas d'adultère, la femme ne doit pas être renvoyée, montrant d'une façon évidente que celui, qui par un divorce non permis ose violer le mariage institué par Dieu, agit contre la volonté de Dieu. Ceux qui, à cause de leur inclinaison effrénée pour la sensualité renvoient leurs femmes, excepté le cas

(1) Migne, P.G. XLI, 1025.

(2) Migne, P.L. XX, 251.

d'adultère, et puis veulent contracter un nouveau mariage, doivent savoir quelle sentence de condamnation ils s'attirent devant Dieu... Mais de même, qu'il n'est pas juste de renvoyer une femme qui vit chastement et en pureté, de même d'un autre côté, il est permis de renvoyer la femme adultère, puisqu'elle-même s'est rendue indigne de la vie commune avec le mari, parce qu'en péchant contre son propre corps, elle a osé profané la sainteté de Dieu».

Il est hors de doute que Saint Chromace admet le second mariage de l'époux innocent. Le contexte prouve que l'écrivain attribuait à l'adultère la force de dissoudre complètement le lien conjugal, par exemple quand il dit : agissent contre la volonté de Dieu, ceux qui par un divorce non permis (*illicita divortii separatione*) osent violer le mariage ou : ceux qui à cause de leur inclination effrénée pour la sensualité renvoient leurs femmes, sans pouvoir invoquer l'adultère (*absque causa fornicationis*) et en épousent une autre, s'attirent la sentence de condamnation devant Dieu ou bien : il est permis de renvoyer la femme adultère (*adulteram dimittere permissum est*).

Dans ses nombreuses œuvres, **Saint Jean Chrysostome**, patriarche de Constantinople († après 406), traite plusieurs fois de la question du divorce.

Dans la nouvelle loi, s'exprime Chrysostome, Christ a permis seulement une seule espèce de divorce, par les paroles « sauf en cas d'adultère » ; le docteur de l'Eglise exprime son opinion sur Matth. V. 32, dans le sens que c'est seulement en cas d'adultère que le mari peut renvoyer sa femme (17^e homélie sur Matth. V. 32)⁽¹⁾.

Sur la même question, il se prononce aussi dans la 19^e homélie sur I. Cor. VII, 11 et suiv. Dans l'exégèse du verset 10 : « Aux mariés ce n'est pas moi

(1) Migne. P.G. LVII. 260.

qui ordonne mais le Seigneur », Chrysostome fait la remarque suivante : « C'est parce qu'il voulait exposer une loi donnée expressément par le Seigneur, à savoir qu'on n'a pas le droit de renvoyer sa femme, sauf dans le cas d'adultère, que l'Apôtre dit : pas moi ».

En complétant les paroles de l'Apôtre I. Cor. VII 10 « que la femme ne se sépare pas de son mari » par les paroles du Seigneur « sauf en cas d'adultère », le docteur de l'Eglise donne à comprendre que par ces paroles du Seigneur et de l'Apôtre, on peut d'une façon licite renvoyer sa femme adultère ; qu'il a conçu cette dissolution du mariage comme complète, c'est-à-dire donnant droit au remariage, le prouve son exégèse sur le verset 11. Le docteur de l'Eglise, en effet, continue l'explication de ce verset dans les termes suivants : « Mais puisque des dissolutions avaient lieu pour cause d'abstinence et pour d'autres prétextes, de même que pour des causes de peu d'importance, l'Apôtre s'exprime qu'il aurait été mieux, si elles ne s'étaient pas produites ; mais si la dissolution a eu lieu, la femme doit rester liée à son mari et bien qu'il ne s'agisse pas d'une union corporelle, toutefois elle restera liée dans le sens qu'elle n'épousera pas un autre mari ».

Chrysostome soutient donc l'indissolubilité du mariage seulement, lorsque la femme s'est séparée de son mari pour cause d'austérité, pour d'autres prétextes ou pour des causes de peu d'importance, mais non dans le cas où la femme se sépare de son mari pour cause d'adultère. Dans sa conception, l'adultère forme une cause réelle de divorce, d'après la loi du Christ ; en effet, dans le cas contraire, au lieu indiqué plus haut, parmi les causes qui entraînent seulement la dissolution de la communauté extérieure de vie, il aurait sans doute mentionné aussi l'adultère.

A l'appui de l'opinion, que le docteur de l'Eglise

représente la conception que l'adultère de la femme dissout le lien du mariage, vient aussi son exégèse sur I. Cor. VII. 12-15. Dans l'explication des versets 12 et 14 : « Si quelqu'un, femme ou mari, a un époux infidèle qu'il ne le renvoie pas », Chrysostome demande : « Qu'en penses-tu ? S'il est infidèle, il doit continuer la vie conjugale avec sa femme, mais s'il est adultère, il ne le peut plus ? Et pourtant l'adultère est un péché de moindre gravité que l'incrédulité !..... Pourquoi dans ce cas la vie commune est permise, tandis qu'en cas d'adultère de la femme, le mari n'est pas blâmé s'il la renvoie » ?

Il résout cette contradiction apparente par la réponse suivante : « Parce que dans un cas il existe l'espoir que la partie infidèle sera sauvée par le mariage, tandis que dans l'autre cas le mariage a déjà été dissous ; et puis dans le premier cas (le cas d'adultère spirituel, c'est-à-dire l'incrédulité), il existe l'espoir que le mari sera sauvé par la femme, son amie intime et sa confidente ; dans le deuxième cas (l'adultère charnel), cela ne peut pas arriver : car comment la femme, qui pendant quelque temps a délaissé son mari et s'est donnée à un autre, en violation des règles du mariage, pourrait-elle gagner à nouveau l'offensé, qui, en outre, lui est devenu presque étranger ? Et puis dans ce cas là, après l'adultère, le mari n'est plus son mari à elle, tandis que dans l'autre cas, la femme, même si elle est idolâtre, ne perd pas le droit sur son mari »⁽¹⁾.

En ce qui concerne la femme, il donne une solution identique dans l'homélie sur I. Cor. VII. 39. 40. : « La femme adultère divorcée n'est plus la femme du premier mari ; pour ne pas se déshonorer par la continuation de la communauté conjugale avec la femme infidèle et pour ne pas favoriser l'adultère, le mari est obligé de la renvoyer ».

(1) Migne, P.G. LXI, 154 et suiv.

Les doutes, qu'on pourrait encore opposer à l'opinion que Chrysostome a considéré l'adultère comme une cause de divorce dans le sens de la dissolution du lien, sont écartées par son exégèse sur le verset 15 :

« Si l'infidèle veut se séparer, il peut le faire », où ce qu'on est convenu d'appeler « le *privilegium paulinum* » il l'entend dans le sens de la dissolution complète du mariage et où il est dit, que l'adultère spirituel, c'est-à-dire l'incrédulité entraîne les mêmes conséquences que l'adultère charnel. En effet, dans l'explication du verset 15, il continue : « Si l'infidèle t'ordonne de sacrifier aux idoles et en qualité de son épouse de participer aux pratiques païennes ou de quitter la maison, il vaut mieux dans ce cas que le mariage soit dissous, que la religion... Dans ce cas, c'est l'infidèle qui donne motif à la dissolution, de même qu'en cas d'adultère c'est la personne adultère qui le donne »⁽¹⁾. Par ces paroles, Chrysostome a clairement exprimé l'opinion, que la dissolution pour cause d'adultère doit être entendue dans le même sens que la dissolution dans le cas de « *privilegium paulinum* », c'est-à-dire dans le sens de la dissolution du lien du mariage⁽²⁾.

Nous trouvons les mêmes idées dans l'Hom. XVI *in Genes.*, dans le chapitre III sur Isaïe et « de libello repudii » c. III.

Dans son ouvrage exégétique « Sur l'adoration en esprit et en vérité » lib. 8, en se référant au Deut. 24. I-4, Cyrille d'Alexandrie († 444) fait la remarque suivante : « Une femme divorcée d'avec son mari pour des causes légitimes, et qui a été déshonorée par le fait qu'un autre l'a prise comme femme légitime, n'est pas dangereuse, mais plutôt inconsiderée, en se rapportant aux Prov. XVIII, 22 : « Celui qui

(1) Migne. P.G. LXI. 155.

(2) Denner, Die Ehescheidung im neuen Testamente p. 79. Paderborn, 1910.

continue la vie avec une adultère est un sot et un impie »⁽¹⁾.

Dans le commentaire sur Matth. V. 5. 32, il ajoute que « ce ne sont pas les lettres de divorce qui dissolvent le mariage devant Dieu, mais la mauvaise action »⁽²⁾. Par conséquent, d'après Cyrille, il existe des « causes légitimes » qui permettent le divorce et qui sont conformes à la raison. En outre, en cas d'adultère, Cyrille admet le second mariage du mari, du vivant même de sa femme adultère⁽³⁾.

Dans « l'Abrégé des fables hérétiques » I. V. c. 16, où il traite du mariage, **Théodoret de Cyr** († 457) cite Matth. V. 32. comme preuve de la solidité du lien conjugal, sauf dans le cas d'adultère, en s'exprimant dans ces termes : « En opposition avec l'ancienne, la loi nouvelle considère le renvoi comme adultère, sauf dans le cas de renvoi pour cause d'adultère ; car quiconque renvoie sa femme, sauf en cas d'adultère, la rend adultère »⁽⁴⁾.

Dans l'ouvrage intitulé « La guérison des maladies païennes ou la reconnaissance de la vérité évangélique par la philosophie païenne », 9^e thèse, Théodoret parle d'abord du conflit entre les lois païennes et les lois chrétiennes et puis continue ainsi : « Puisqu'au début, le Créateur a créé seulement un homme et une femme, et qu'il a interdit la dissolution du mariage, n'a-t-il reconnu qu'une seule cause de dissolution qui en réalité détruit le lien conjugal ? » Et puis l'écrivain cite Matth. V. 32. : « Par cela, continue Théodoret, il nous ordonne de supporter tous les défauts de la femme, même si elle est bavarde, ivrogne ou très inclinée à gronder ; mais lorsqu'elle viole les lois du mariage et regarde avec

(1) Migne, P.G. LXVIII. 584.

(2) Ibid. LXXII. 380.

(3) Denner, op. c. p. 70.

(4) Migne, P.G. LXXXIII. 540.

convoitise un autre homme, il ordonne de dissoudre l'union »⁽¹⁾.

Pour la dissolution du mariage, Théodoret se prononce aussi dans son commentaire sur I. Cor. VII, 2-4, où il est dit : « L'ordre de rester non marié ou de se réconcilier avec son mari (V.11) n'est pas en contradiction avec l'ordre : « Ne vous soustrayez pas l'un à l'autre, si ce n'est d'un commun accord » (v. 5) ; car ces paroles-là sont adressées seulement à ceux qui se séparent pour cause d'abstinence, mais dans ce dernier cas, il donne un ordre à ceux qui se disputent à cause d'autres questions ».

Le décret du pape **Léon 1^{er}** (440-461) adressée à Nicetas, évêque d'Aquilée, contient une décision concernant les femmes, qui se sont remariées, en se fondant sur la supposition que leurs maris étaient morts à la guerre ou qu'ils ne reviendraient plus de leur captivité.

Léon considère comme non coupables ceux qui ont épousé les femmes des hommes réputés morts à la guerre, mais si les maris reviennent et *s'ils veulent reprendre la vie commune*, les femmes doivent leur être rendues. Les femmes, qui ne veulent pas retourner auprès de leurs premiers maris, seront excommuniées.

Voici les termes dont s'est servi Léon I^{er} : « Si les maris, revenus de leur longue captivité, persévèrent dans une telle affection envers leurs épouses qu'ils désirent les reprendre, on doit passer sous silence et considérer comme non coupable ce qui a eu lieu sous la pression des événements et restituer ce que la fidélité exige ».

Puisque la reprise de la vie conjugale est conditionnée par la persistance chez le mari des anciens sentiments d'affection et de fidélité envers sa femme, on en a conclu que si le premier mari ne voulait plus

(1) Ibid. 1054.

reprendre son ancienne femme, cette dernière pourrait légitimement continuer le mariage avec le second mari.

On a essayé enfin de tirer un argument en faveur de la dissolution absolue du lien conjugal de la lettre 12 (87) de Saint Léon, adressée aux évêques africains. Dans cette lettre il est dit que le prêtre qui se remarie ne peut plus conserver sa fonction sacerdotale. Du fait qu'un pareil prêtre est seulement déposé on a voulu conclure à la validité du second mariage contracté par lui⁽¹⁾.

Nous croyons que cette conclusion est erronée, puisque le texte n'est pas assez explicite et d'autre part il y a des manuscrits qui ne contiennent pas la prescription indiquée plus haut.

Dans les deux livres de son œuvre « *De ecclesiasticis officiis* », qui traite du service divin et du clergé, **Isidore de Séville** († 636) parle aussi du divorce (ch. 20). D'une manière générale, il se prononce pour l'indissolubilité du mariage, mais en cas d'adultère, remarque-t-il, la femme divise les deux corps, qui, par l'effet du mariage, ne formaient plus qu'une seule chair, et que, par ce fait, elle se sépare de son mari, qui ne doit plus la garder⁽²⁾. Plus loin, il cite les paroles de St. Jérôme en s'exprimant ainsi : Toutes les fois qu'il existe la fornication ou la suspicion de fornication, la femme est renvoyée sans que le mari s'attire un blâme ou une peine quelconque « *Ubicumque igitur fornicatio est et fornicationis suspicio libere uxor dimittitur* »⁽³⁾.

*
* *

(1) Migne, P. L. LIV. 1135. 645.

(2) Ibid, LXXXIII. 812.

(3) On a souvent invoqué en faveur de la dissolubilité du lien conjugal un décret reçu par Gratien dans sa collection de canons (C. XXXII. qu. 7 c. 23) et attribué par

La doctrine de **St. Ambroise** († 397) sur le divorce se trouve exposée notamment dans son commentaire sur Luc. cap. XVI vers. 18.

Il commence par se demander, s'il y a ou non contradiction entre St. Matth. XIX. 6 : « Que l'homme ne sépare donc pas ce que Dieu a uni » et I Cor. VII. 15 : « Si l'incrédule se sépare, qu'il se sépare ». Non, répond St. Ambroise, parce que l'élément essentiel dans le mariage, l'harmonie des époux, fait défaut dans l'hypothèse du mariage entre chrétiens et infidèles : « Par conséquent, dit-il, où il y a mariage, il y a harmonie ; quand il y a harmonie, Dieu unit. Quand l'harmonie fait défaut, ce sont la dispute et la discorde qui la remplacent ; ces dernières ne viennent pas de Dieu, puisque Dieu est amour » (I. Jean IV. 8).

Après avoir exposé les dangers que la séparation présenterait pour les époux et les enfants, St. Ambroise continue en ces termes : « Tu divorces d'avec ta femme, comme si tu avais le droit de le faire, sans faute de sa part, et tu crois que cela t'est permis, puisque la loi humaine ne l'interdit pas, mais la loi divine le défend⁽¹⁾ ».

De l'addition « sans faute » (*sine crimine*) on a conclu que « *propter crimen* », terme par lequel on doit entendre aussi l'adultère, la femme pourrait être renvoyée même d'après la loi divine.

Malgré l'interprétation donnée à ce passage, nous croyons pouvoir ranger St. Ambroise parmi les dé-

lui au pape Zacharie (741-752). D'après ce décret, la femme peut, si elle le veut, épouser un autre homme, si son mari s'est rendu coupable d'inceste, tandis que le second mariage est refusé à l'incestueux et à sa complice. Mais l'authenticité de ce décret est fort douteuse : il apparaît pour la première fois au XI^e siècle dans le recueil de décrets de Burchard (lib. XIX, P. L. CXL. 965) d'où, sans doute, Gratien l'a extrait.

(1) Migne, P.L. XV, 1767.

fenseurs de l'indissolubilité absolue du lien conjugal : c'est l'impression d'ensemble que nous laisse la lecture du commentaire sur Luc. Pour St. Ambroise, renvoyer la femme constitue une impiété de la part du mari : L'empereur, dit-il, ne chasse pas de son empire le vieux soldat qui a fait son temps, de même, l'agriculteur n'expulse pas de ses terres le travailleur épuisé de fatigue. « Ce qui n'est pas permis envers les subordonnés, le serait-il à l'égard de l'épouse, son égale » ?

En outre, il est à remarquer que dans son commentaire, St. Ambroise s'appuie surtout sur Marc. XIX. 6. et sur Matth. V. 32, sans reproduire l'incise « sauf en cas de fornication ».

Nous retrouvons la même doctrine dans l'œuvre *De Patriarchis*, lib. I. de Abraham.

Dans le chap. IV. St. Ambroise condamne l'adultère tant du mari que de la femme : toute fornication est adultère, y est-il dit, et le mari n'a pas plus de droits que la femme, et dans le chap. VII, après avoir rappelé que toutes relations en dehors du mariage sont illicites, il adresse aux maris cet ordre qui ne permet plus le doute quant à ses conceptions sur le divorce : « Tu es lié à ton épouse, ne cherche donc plus de dissolution, puisqu'il ne t'est pas permis de contracter un second mariage, du vivant de ton épouse » (P.L. XIV. 442).

Dans le troisième livre sur le commentaire de Matth. XIX, au verset 9, **St. Jérôme** († 420) fait l'observation suivante ⁽¹⁾ : « C'est seulement l'adultère qui est plus puissant que la sympathie pour sa femme ; certes, lorsqu'elle a divisé l'unique chair qu'elle formait avec son mari et s'est séparée de celui-ci par l'adultère, elle ne doit plus être gardée, afin que le mari ne s'en attire pas la malédiction, conformément aux paroles de la sainte Ecriture :

(1) Migne, P.L. XXVI. 134.

« Celui qui continue à garder la femme adultère est un sot et un impie » (Prov. XVIII, 22). « Par conséquent, lorsque l'adultère existe ou la suspicion d'adultère, la femme est renvoyée sans aucune entrave. Mais, puisqu'il peut aussi arriver qu'un mari calomnie une innocente et que pour contracter un nouveau mariage il impute à sa première épouse une faute quelconque, on lui ordonne de renvoyer sa première femme, toutefois on lui défend de se remarier du vivant de cette dernière ».

De ce passage on a voulu tirer la conclusion que St. Jérôme admettrait le divorce non seulement pour cause d'adultère, mais aussi pour suspicion d'adultère de la femme et qu'il interdirait au mari le second mariage seulement lorsque le soupçon d'adultère n'a pas été prouvé, mais non dans le cas où l'adultère serait manifeste. Nous croyons que cette conclusion n'est pas fondée, puisque d'autres passages de St. Jérôme, il résulte avec certitude qu'il était partisan de l'indissolubilité absolue du lien conjugal.

Le passage cité plus haut présente toutefois des difficultés d'interprétation : les auteurs reconnaissent qu'au moins la justification de l'interdiction du second mariage donnée par St. Jérôme est non fondée⁽¹⁾.

La doctrine de St. Jérôme se dégage avec plus de clarté de la lettre 77 adressée à Océanus, bien que certains auteurs l'aient invoquée, à tort croyons-nous, en sens contraire⁽²⁾.

Dans cette lettre, en s'appuyant sur I. Cor. VII. 9, où il est dit « qu'il vaut mieux se marier que de brûler » et en invoquant le jeune âge de Fabiola, St. Jérôme « excuse » le second mariage de cette dernière, parce qu'elle ne connaissait pas les ri-

(1) Freisen, Geschichte des canonischen Eherechts, p. 774. Tübingen, 1888.

(2) Migne, P.L. XXII. 691.

guez de l'Evangile, qui interdit aux femmes de se remarier du vivant de leurs anciens maris. Saint Jérôme finit la lettre par l'affirmation que les lois de l'Eglise diffèrent des lois civiles : « autres, sont, dit-il, les lois de César, autres celles du Christ, autre chose a prescrit Papinianus et autre chose notre Paul. — Chez nous ce qui n'est pas permis aux femmes ne l'est pas aux maris non plus ».

Il soutient la même doctrine dans d'autres passages, par exemple dans c. 7. C. 32 qu. 7 : tant que le mari vit, y est-il dit, bien qu'il soit adultère, sodomite ou coupable de toutes les ignominies et abandonné par son épouse à cause de ces infamies, il est considéré mari, et la femme n'a pas le droit d'en prendre un autre.

Pour Saint Augustin († 430) l'indissolubilité absolue du mariage résulte du caractère sacramentel de celui-ci. « Le lien conjugal, dit-il, est une chose mystérieuse (*cuiusdam sacramenti res est*), de telle façon qu'il n'est pas détruit même par la séparation » (*De bono conjugali*, c. 7).

Pourtant, Saint Augustin se rend compte de la grande difficulté de la question et par deux fois il en fait l'aveu.

Ainsi dans l'œuvre « *De fide et operibus* » c. XIX, après avoir soutenu que l'homme qui renvoie sa femme pour cause d'adultère ne doit pas être mis au même rang que celui qui, sauf le cas d'adultère, renvoie sa femme et en épouse une autre, St Augustin continue dans ces termes : « La Sainte Ecriture, sur ce point, s'exprime si peu clair, si celui aussi qui sans doute a le droit de renvoyer sa femme adultère, sera considéré comme adultère s'il en épouse une autre, de telle manière qu'ici on peut se tromper d'une façon excusable⁽¹⁾ ».

De même, le premier livre de son œuvre « *De*

(1) Migne, P.L. XL. 221,

conjugiis adulterinis » finit par cette confession : « Après avoir traité et discuté ces choses, autant que mes faibles forces me le permettaient, j'avoue bien que la question du mariage est très obscure et très compliquée. Et je n'ose affirmer, que dans la présente ou dans mes œuvres antérieures, j'ai épuisé la question ou que je pourrais l'épuiser, si on m'y contraignait » (cap. XXV *in fine*)⁽¹⁾.

Dans les œuvres de Saint Augustin, nous trouvons des passages qui ont été interprétés comme justifiant la dissolution du lien même, rendant ainsi possible le second mariage des époux divorcés.

Dans le Tractatus IX *in Joannis Evangelium* c. 2, parlant des noces de Cana, Saint Augustin montre que le mariage n'est pas quelque chose de mauvais, qu'au contraire, il est permis et finit le chapitre par cette remarque : « Mais pour cause de fornication, il est permis de renvoyer sa femme, parce que c'est elle, qui, la première, n'a plus voulu être sa femme, violant la fidélité due au mari »⁽²⁾.

Dans le même sens ont été interprétées les paroles suivantes : « Mais jusqu'où nous pouvons étendre cette notion (de la fornication) et dans quelles limites la renfermer, si le renvoi de la femme est permis aussi à cause de ce genre de fornication, c'est une question très confuse. Mais qu'il est permis de renvoyer la femme à cause de la fornication commise par l'impudicité, c'est hors de toute discussion (*fornicatio quæ in stupris committitur nulla quæstio est*)⁽³⁾.

Nous devons toutefois faire remarquer que « *De conjugii adulterinis* » appartient aux dernières œuvres de Saint Augustin, et que par conséquent quand il s'agit de savoir quelle est son opinion sur la ques-

(1) Migne P.L. XL. 469.

(2) Ibid. XXXIV. 1459.

(3) *Retractiones* lib. I. c. XIX, P.L. XXXII, 616.

tion du divorce, c'est à cette œuvre qu'on doit se rapporter. « Il est permis de renvoyer la femme pour cause de fornication, y est-il dit, mais le lien du premier mariage subsiste. Aussi se rend coupable d'adultère quiconque épouserait la femme renvoyée pour cause de fornication » (*De conj. adult.* II, 4 ; c. 2. C. 32. qu. 7).

Nous trouvons la même doctrine dans : c. 3. 4. 10. 28. C. 32. qu. 7 et c. 2. C. 31. qu. I.

D'ailleurs Saint Augustin reconnaît lui-même que la doctrine exposée par lui n'avait pas, de son temps, pénétré dans la pratique : les femmes qui renonçaient au second mariage étaient, remarque-t-il, très peu nombreuses ; à plus forte raison, dirons-nous, cela serait à supposer en ce qui concerne les maris (*De conjug. adulter.* II. 17)⁽¹⁾.

De plus, il est connu que la doctrine et la pratique combattues par Saint Augustin ont subsisté longtemps après lui. On trouve au VII^e et IX^e siècles, entre autres, deux témoignages intéressants à cet égard. L'un est une lettre de Maringoz, évêque de Wursbourg, à Lulle, archevêque de Mayence, dans laquelle il expose ses perplexités sur la question du divorce pour cause d'adultère, devant les textes contraires des Pères (Jaffe, *Monum. Mog.* p. 298). L'autre est un passage d'Hincmar de Reims, qui montre de son temps l'opinion favorable au divorce, soutenue par certains docteurs. (*De nuptiis Stefani*, op. ed. Sirmond II. p. 665)⁽²⁾.

*
* * *

C'est l'Eglise romaine qui a représenté le point de vue que le lien conjugal est indissoluble dans tous les cas et que le second mariage d'un époux divorcé, du vivant de l'autre, est nul.

(1) Migne, P.L. XL. 484.

(2) Esmein, Le mariage en droit canonique (II, p. 53).

Dans la lettre adressée à Exsuperius, évêque de Toulouse (405) c. 6, **Innocent I^{er}** (401-417) exclut de la communauté des fidèles ceux qui contracteraient un second mariage, du vivant de l'autre époux : les époux divorcés et les personnes unies à eux seront considérés comme adultères.

Nous trouvons la même doctrine dans la lettre adressée à Victricius de Rouen (c. 12. C. 32. qu. 5)⁽¹⁾.

Pourtant, les derniers termes de la lettre adressée à Probus laissent place à la supposition qu'**Innocent I^{er}** aurait admis, dans certains cas, le second mariage des époux divorcés.

Dans cette lettre, il s'exprime ainsi⁽²⁾ : « Pendant qu'Ursa (la femme d'un certain Fortunius, avec lequel elle avait contracté un mariage légitime) était tenue en captivité, son mari avait contracté un nouveau mariage avec une certaine Restituta. Mais, par la volonté de Dieu, elle devait revenir ; elle s'est adressée à nous et put d'une façon irrécusable faire la preuve qu'elle est l'épouse du susnommé Fortunius.

En conséquence et en conformité avec la religion catholique, nous avons décidé que c'est le premier mariage contracté qui seul a une existence légale et que l'union avec la seconde femme ne peut en aucune façon être valable, tant que la première épouse n'est pas morte ou qu'elle n'a pas été renvoyée par divorce ».

De ces derniers mots, on a tiré la conclusion que le divorce dissoudrait le lien conjugal tout comme la mort, et, en effet, c'est le sens qui, d'après les règles de la contradiction, en résulte d'une façon indubitable.

Grégoire I^{er} représente, de même, la doctrine romaine dans les canons 19. 21. 25. C. 27. qu. 2, bien

(1) Migne, P.L. XX. 495, 479.

(2) Ibid. P.L. XX. 602,

qu'il n'y traite pas du second mariage en cas de dissolution pour cause d'adultère ⁽¹⁾.

*
* * *

Les synodes des premiers siècles chrétiens, dans leur grande majorité, reflètent la doctrine des Pères de l'Eglise : le mariage est indissoluble, sauf en cas d'adultère.

Dans le 9^e canon du synode d'Elvire (vers 305 ou 306), il s'agit des femmes qui « sans causes » abandonnent leurs maris et en épousent d'autres, et dans le 10^e canon, de celles qui abandonnent leurs maris pour cause d'adultère et contractent un nouveau mariage. Dans le premier cas, la communion doit leur être refusée jusqu'à la fin de la vie, dans le dernier, elle leur sera administrée, lorsque le mari abandonné est mort ou si elle apparaît nécessaire à cause d'une grave maladie.

Des expressions « sans causes antécédentes », on a tiré la conclusion que les femmes n'encourent pas de peines, si elles contractent un nouveau mariage après avoir quitté leurs maris pour une juste cause.

On a fait en outre la remarque que les canons parlent seulement des femmes, ce qui laisse supposer que les maris pourraient contracter des nouveaux mariages après le renvoi de leurs femmes adultères.

Le canon 10 du synode d'Arles (314) recommande aux jeunes époux ayant surpris en adultère leurs femmes, de ne pas se remarier autant que cela est possible, du vivant de ces dernières, quoiqu'elles fussent adultères, mais ce n'est qu'un conseil dépourvu de toute sanction.

Les synodes de Néocésarée (314-325) et Laodicée, (341-381) sont intéressants par cela que, dans les

(1) Dans le même sens : Léon IV. Ep. ad Breton. 849. Nicolas 1^{er} 862. Ep. ad Adon., Jean VIII. 873. Ep. Cozili Panon.

canons 3 et 7 de Néocésarée et dans le premier de Laodicée, il s'agit du second mariage et des autres mariages qui peuvent encore avoir lieu et qu'on y affirme qu'il s'agit non de la « *bigamia successiva* », mais d'un mariage du vivant de la première femme, mariage que les deux synodes reconnaissent valable et qu'ils accompagnent seulement d'une peine ecclésiastique. En outre, le canon 8 du synode de Néocésarée défend au prêtre marié, dont la femme a commis l'adultère, de continuer le mariage, sous peine de perdre ses fonctions sacerdotales.

Le canon 17 du synode de Mileve (416) reproduit une décision que nous trouvons aussi parmi les canons du synode de Carthage de 407 : « *Placuit, ut secundum evangelicam et apostolicam disciplinam neque dimissus ab uxore, neque dimissa a marito alteri conjugatur ; sed ita maneant aut sibimet reconcilientur. Quod si contempserint, ad pœnitentiam redigantur. In qua causa legem imperialem petendam promulgari* ».

D'après Zhishman⁽¹⁾, le synode a demandé la promulgation d'une loi civile concernant le second mariage des époux divorcés et par cela il a montré sa disposition de reconnaître de pareils mariages. Et ailleurs (p. 108), le même auteur remarque que le synode ne pouvait faire cette proposition qu'en supposant qu'il y avait plusieurs causes de divorce. S'il avait eu en vue seulement des époux divorcés pour cause d'adultère commis par l'un d'eux, la demande en aurait été superflue. En effet, par le 9^e canon de St. Basile, les rapports de la femme vis-à-vis de son mari adultère étaient déjà fixés, et le mariage de la femme adultère était interdit par le passage respectif de la sainte Ecriture (Matth. V. 32. XIX. 9).

En Irlande, St. Patrice tint avec ses suffragans,

(1) Zhishman, op. c. p. 409.

deux synodes : Le premier entre 450-456, du deuxième on n'en connaît pas la date.

Le canon 27 du deuxième synode accorde le droit de se remarier au mari qui a renvoyé sa femme adultère, assimilant l'adultère à la mort naturelle, et le canon 28 considère le mariage comme dissous en cas d'adultère.

Les mêmes idées sont exprimées par le Concile de Vannes (465) dans le canon 2, qui comme les synodes irlandais se fonde sur St. Matth.

Le Concile d'Adge (506) est plus tolérant encore. Il ne frappe d'excommunication que les personnes qui divorcent pour se remarier sans avoir fait constater préalablement par les évêques de la province les causes de leur divorce (c. 25).

Le deuxième concile d'Orléans (533) exclut la répudiation à raison d'une infirmité postérieure au mariage ; ceux qui passeront outre seront excommuniés (can. 11).

Le concile de Nantes (658) permet au mari de renvoyer sa femme adultère, mais il lui défend de se remarier tant qu'elle vit. Le mari peut se réconcilier avec sa femme, mais les deux époux feront, dans ce cas, une pénitence de sept ans (can. 12).

Le concile d'Hereford (673) emploie la manière de s'exprimer des Pères de l'Eglise : nul n'a le droit de renvoyer sa femme légitime, sauf en cas de fornication, et puis il ajoute que ceux qui ont répudié leurs femmes doivent s'abstenir d'en prendre d'autres, s'ils veulent agir en bons chrétiens (can. 10).

Le canon 87 du synode *in Trullo* appelle adultère la femme qui en épouse un autre, après avoir abandonné sans cause son mari, mais ce dernier aura le droit de contracter un second mariage, et ni lui, ni sa seconde femme ne seront considérés comme adultères.

Le synode de Soissons, de 744, prohibe le divorce, mais il admet certainement une exception en cas

d'adultère de la femme (can. 9). Ceux de Compiègne (757) et de Verberie (758 ou 768) admettent tous les deux le divorce pour différentes causes. (Compiègne, can. 9, 11, 15, 16, 19, 21 ; Verberie, can. 2, 5, 9, 10, 11, 12, 17, 18).

La plupart des pénitentiels admettent le divorce pour un certain nombre de causes déterminées : adultère, abandon, la captivité, l'impuissance du mari, la condition servile d'un époux ignorée de son conjoint, la conversion au christianisme d'un des époux et même par consentement mutuel.

Mais à la fin du VIII^e siècle, la tendance à la sévérité se manifeste avec plus de force encore : le mari ne peut pas contracter un second mariage après avoir répudié sa femme adultère. Dans ce sens : Le synode d'Aix-la-Chapelle (789), qui reproduit le canon 102 du Codex can. Eccles. afric., d'après lequel le second mariage d'un époux divorcé est défendu du vivant de l'autre (can. 43) et le synode italien de Friaul (796) qui décide que le mari innocent ne pourra pas se remarier du vivant de sa femme, même en cas de dissolution pour cause d'adultère. La femme coupable d'adultère ne pourra plus se remarier, même après la mort de son ancien mari (c. 10).

Cependant, le pape **Grégoire II** laisse deux décisions contradictoires. Dans une instruction adressée à ses légats de Bavière en 716 ou 722, il affirme le principe d'après lequel un époux ne peut, du vivant de son conjoint, contracter un nouveau mariage.

D'autre part, dans une lettre adressée à Saint Boniface, en 726, il permet à un homme de contracter un nouveau mariage, parce que sa femme ne peut pas rendre le devoir conjugal par suite d'infirmité (Jaffe, Mon. Mogunt. p. 89 ; c. 18. C. XXXII qu. 7).

Après le triomphe de la règle de l'indissolubilité, les décisions des décrets de Compiègne et de Verberie sont restées dissimulées sous la forme de nullités. De même que la théorie ancienne du *matrimo-*

nium initiatum laissera subsister en cas de mariage non consommé, la dissolution possible par l'entrée en religion d'un des époux ou par la *dispensatio papale*, de même les causes de divorce admises à Compiègne et à Verberie donneront naissance ou fourniront un appui aux nullités de mariage, fondées sur l'impuissance et l'*error conditionis*, qui se sont conservées, à la nullité fondée sur l'*affinitas superveniens*, qui a disparu⁽¹⁾.

§ 4. — *La doctrine sur le divorce*
dans les siècles suivants (IX-XVI).

A. — En ce qui concerne l'Eglise orthodoxe, il n'y aura pas grand'chose à ajouter à ce qui vient d'être dit. En effet, le Droit canonique orthodoxe peut être considéré comme définitivement fixé au IX^e siècle, après la publication du Nomocanon longtemps attribué à Photius. Nous avons déjà souligné la grande importance de cette collection canonique, puisque, avons-nous dit, c'est l'acceptation ou le rejet par elle d'une cause de divorce, qui forme le *criterium* dans notre matière. Après le IX^e siècle, les théologiens orthodoxes se sont bornés à commenter les dispositions canoniques antérieures.

Théophylacte (1107), archevêque d'Achrida, dans son commentaire sur Matth. V. 32, fait la remarque que le mari, qui renvoie sa femme pour cause d'adultère, n'encourt aucune peine, étant innocent ; qu'au contraire il devient punissable, s'il la renvoie pour une autre cause, parce que, dans ce cas, il lui donne l'occasion de contracter un nouveau mariage et de commettre l'adultère⁽²⁾.

(1) Eismen op, c. II. p. 69.

(2) Migne. P.G.CXXIII. 197.

Euthymius Zigabenus (1118), auteur d'un remarquable commentaire des Quatre Evangiles, soutient de même la dissolubilité du lien en cas d'adultère. Il ne considère pas comme adultère le second mariage de la femme renvoyée pour cause d'adultère.

Pour lui, c'est seulement le second mariage de la femme renvoyée pour une autre cause que l'adultère, qui constitue l'adultère. Par l'adultère, dit-il, la femme renvoyée avait déjà dissous le mariage⁽¹⁾.

C'est à peu près à la même époque que **Zonaras** publia un commentaire de tous les canons. Ce commentaire, reconnu de grande valeur par tous les canonistes postérieurs, forme une des sources les plus importantes du Droit de l'Eglise orthodoxe.

L'an 1130, **Alexis Aristène**, diacre et nomophylax de l'Eglise de Constantinople, publia un commentaire sur la Synopse des canons. Aristène, comme le prouve la critique plus récente, n'en est que le commentateur, l'auteur de la Synopsis étant Stéphan d'Ephèse, au commencement du VI^e siècle.

C'est également au 12^e siècle qu'a vécu le plus grand canoniste de l'Eglise orthodoxe, **Théodore Balsamon**, d'abord cartophylax de l'Eglise de Constantinople et ensuite (1193) patriarche d'Antioche.

Ses deux principales œuvres sont : le Commentaire des canons de l'Eglise orthodoxe et surtout celui du Nomocanon de Photius. Le but de cette dernière œuvre, comme cela résulte de sa préface, a été de mettre d'accord les prescriptions canoniques avec les lois civiles, entreprise dans laquelle il a parfaitement réussi.

C'est aux opinions de ces trois grands canonistes que, plus d'une fois, nous allons nous référer dans l'exposé des causes de divorce dans l'Eglise orthodoxe.

(1) Ibid. C.XXIX. 217.

B. — L'évolution de la doctrine et de la pratique a été différente dans l'Eglise catholique romaine. La tendance à la sévérité s'y était manifestée de bonne heure, quoique avec hésitation. Nous avons mentionné la recommandation du synode d'Arles (314), reproduite par le Concile de Nantes (658) et par les autres conciles tenus dans l'empire franc, à partir de la fin du 8^e siècle.

L'Eglise a rencontré la même résistance de la part des autres populations germaniques.

D'après le Droit de ces peuples, le divorce par consentement mutuel était permis, de même que le *repudium* dont l'exercice, primitivement, n'appartenait qu'au mari.

C'est sous l'influence du Droit romain et du Droit de l'Eglise qu'on a fini par accorder à la femme le droit de répudier son mari, mais le résultat le plus important de l'activité de l'Eglise, à cette époque, fut l'adoption par les lois barbares de la disposition que le mari ne pourra plus, sans cause légale, répudier sa femme (Lex Burg. tit. 34-4).

Les principes germaniques, permettant le libre divorce, se sont longtemps maintenus également en Angleterre, comme il résulte des lois du roi Aethelbirht à l'époque d'Augustin et plus tard du Pénitentiel attribué à Théodore.

De même, la lettre du pape Jean VIII, adressée à Aethelred, archevêque de Cantorbury, l'an 877, prouve la persistance des anciennes coutumes. Que ces dernières n'ont pas disparu si tôt, Benedictus Levita (I. 21, II. 55) et au 10^e siècle le livre de l'abbé Regino de Prüm (915) : *De synodalibus causis et ecclesiasticis disciplinis*, Fulbert de Chartres (1028), qui permet au mari de contracter une nouvelle union, lorsque la femme adultère est entrée au couvent, et enfin Yves de Chartres (1040-1116) (lettre CCXXX), le montrent encore⁽¹⁾.

(1) Regino, II. 123, 126, 214, 215, 217. Dans le même sens :

Les synodes tenus dans la période qui nous préoccupe font également preuve de la lutte entre la tendance à la sévérité, représentée par l'Eglise romaine, et la pratique fixée en sens contraire.

Le synode romain de 826 interdit le renvoi de la femme et le second mariage du mari, avec la restriction « *excepta causa fornicationis* » can. 36.

Le synode de Paris (829) se prononce contre le second mariage des époux séparés pour cause d'adultère, (lib. III. C. 2.), disposition reproduite aussi par le synode tenu à Worms au mois d'août 829 (C. 20).

Le canon 8 du concile de Tolédo (861) permet le renvoi de la femme pour cause d'adultère, mais si le renvoi a eu lieu pour une autre cause, le mari sera excommunié jusqu'au jour où il reviendra auprès de sa femme.

Il est à remarquer qu'au synode d'Aix-la-Chapelle (862) la plupart des évêques présents se sont prononcés pour l'admissibilité du second mariage de Lothar (Mansi, XV. 617).

Enfin le concile de Bourges (1031) interdit le renvoi sans cause de la femme, cas auquel le second mariage est défendu, en faisant une exception pour le cas d'adultère (can. 16) et le synode de Tours (1060) défend le second mariage à quiconque s'est séparé d'avec sa femme sans le jugement de l'évêque respectif (can. 9.).

Dans le sens de la sévérité se prononcent le synode de Tribur (895) c. 39. 46. et le synode de Rouen (1072) dont les décisions sont conformes à la doctrine de l'Eglise romaine : l'entrée dans les ordres, l'adultère, l'absence ne permettent le second mariage d'un époux qu'après la mort de l'autre (can. 16, 17, 18).

Ce n'est qu'au XI^e siècle que disparaissent des col-Burchard de Worms: Decr. VI. 41, IX. 54, XVII. 11. 17, XVIII 10 et le Corrector c. 93. 97. 98. 99. *Comp. les Exceptiones Petri* I. 37.

lections de droit et des pénitentiels, les dispositions ayant leur origine dans les anciennes conceptions⁽¹⁾.

Même après cette époque, Gratien, d'après l'opinion de M. Esmein, a employé souvent des expressions qui désignent plutôt un divorce véritable qu'une nullité essentielle (*Dictum* sur c. III C. XXIX. qu. 2 ; *Dictum* sur VI). On pourrait en dire autant de certains passages de Pierre Lombard (*Sent. lib. IV. D. XXXVI, A*) et même des recueils des Décrétales où l'on trouve quelques causes de divorce véritable, admises par les papes⁽²⁾.

C'est pour ces raisons que la décision du Concile de Trente (1560), tranchant la question du divorce en cas d'adultère dans un sens contraire à la pratique jusqu'alors suivie, apparaît à M. Glasson comme une « innovation considérable »⁽³⁾.

*
* *

Nous devons ajouter que les canonistes orthodoxes voient une confirmation de leur doctrine dans les faits suivants :

a) L'attitude du clergé, tant oriental qu'occidental, qui n'a jamais protesté contre la législation des premiers empereurs chrétiens et notamment contre celle de Justinien, prouverait que cette législation était en accord avec les principes chrétiens, que les princes de cette époque n'auraient jamais osé transgresser. Les lois civiles jouissaient de la même considération en Orient qu'en Occident : les papes s'y référaient respectueusement et les employaient non seulement dans l'administration ecclésiastique et civile, mais aussi dans l'organisation intérieure de leur cour⁽⁴⁾.

(1) Hinschius dans *Zeitschrift für deutsches Recht*. Bd. XX. p. 66 et suiv.

(2) Esmein, op. c. II. 78-80.

(3) Glasson, op. c. 217.

(4) J.B. Pitra, *Juris Græcorum historia et monumenta*, II *præfat.* XXXIV. note 6.

b) Des pourparlers qui à Florence (1432) ont abouti à l'union éphémère des deux Eglises, il résulterait que la doctrine de l'Eglise orthodoxe sur la dissolubilité du mariage n'a pas été jugée contraire à la tradition chrétienne, ou tout au moins elle n'a pas été considérée un dogme, mais simplement une question disciplinaire, car dans l'hypothèse contraire, l'union eut été impossible.

On peut en dire autant des unions partielles qui ont eu lieu postérieurement : parmi les quatre conditions de l'union d'une partie des Roumains orthodoxes de Transylvanie (1699), pour ne citer que ce cas, ne figure pas la question du divorce⁽¹⁾.

D'ailleurs cet argument n'est pas nouveau : il a été invoqué au concile de Trente par **Ostunensis** : « En effet, dit-il, cette pratique des Grecs ne commence pas au temps du schisme, ni au temps des hérésies, à cause desquelles ils sont condamnés, mais bien à l'époque où les Grecs étaient unis avec le siège apostolique. C'est pour cette raison qu'Eugène IV au concile de Florence ne les a pas condamnés, bien qu'ils eussent refusé de renoncer à leur doctrine⁽²⁾ ».

c) De même, le concile de Trente n'a pas condamné la pratique des Eglises orientales. Il frappe d'anathème ceux qui disent que l'Eglise s'est trompée, lorsqu'elle a enseigné et qu'elle enseigne, selon la doctrine de l'Evangile et des Apôtres, que le mariage n'est point résolu par l'adultère de l'une des parties et que la partie innocente ne peut épouser une autre personne. (Sessio XXIV c. 7).

L'histoire de ce canon est bien connue : Sa rédaction définitive est le résultat non seulement de l'intervention des représentants de la République vénitienne (11 août 1563), attirant l'attention du Concile

(1) Les quatre conditions de l'union sont : la primauté papale, la consécration de l'Eucharistie, le Purgatoire et la procession du St. Esprit.

(2) Theiner, Acta II. 320-360 .

sur l'agitation qui aurait pu résulter dans les possessions vénitiennes en Orient, si on avait maintenu le canon dans sa rédaction primitive, mais aussi de celle de beaucoup de Pères qui demandèrent que la doctrine des premiers docteurs de l'Eglise ne soit pas condamnée. Un certain nombre de Pères ont soutenu, en outre, que l'on peut trouver dans les textes de l'Ecriture un empêchement prohibitif contre le nouveau mariage des divorcés, mais non un empêchement dirimant, ce dernier n'ayant été introduit que par la Constitution de l'Eglise⁽¹⁾.

C'est à la suite de ces discussions que le canon reçut la rédaction indiquée plus haut et qu'il paraît actuellement dirigé uniquement contre les protestants.

La question de savoir si le Canon 7 *De sacramento matrimonii* contient la déclaration d'un dogme ou seulement la confirmation d'un point de discipline, est controversée⁽²⁾ ; toutefois, nous persistons à croire, que de nos jours même, la question de la dissolution du mariage ne forme pas un obstacle à l'union tant désirée des Eglises.

(1) Esmein, op. c. II. 299.

(2) Perrone, *De matrimonio christiano*, Leodü 1861, III. p. 4.

CHAPITRE II

Aperçu historique.

Le divorce par consentement mutuel.

Le divorce était admis par la loi romaine. A l'époque où le mariage était conclu par la « *confarreatio* », la dissolution en avait lieu par la cérémonie contraire et difficile de la « *diffarreatio* ».

Les divorces devinrent plus faciles, lorsque les mariages furent conclus par l'*usus* ou par la *cœemptio*.

Pour divorcer, on devait invoquer une cause prévue par la loi : l'adultère, l'ivrognerie, l'ensorcellement.

La décadence de la religion et la nouvelle forme de mariage, le mariage par consentement, qui remplaça les anciennes formes, favorisèrent davantage le relâchement des mœurs et par voie de conséquence la facilité des divorces.

Au mariage par consentement correspondait maintenant le divorce par consentement : le mariage pouvait être dissous « *nudo consensu* » des époux.

Pour divorcer par consentement mutuel, les époux n'avaient besoin d'aucune justification ; en outre, ce divorce ne leur causait aucun dommage matériel, leurs droits respectifs étant réglés par eux de commun accord.

Quant au divorce unilatéral (le *repudium*), le Droit romain distinguait entre le *divortium* « *bona gratia* » et le *repudium* « *injustum* » : le premier avait lieu pour une cause prévue par la loi, mais

non provoquée par l'époux renvoyé, tandis que le dernier était provoqué par l'arbitraire de l'un des époux, qui ne pouvait pas invoquer une cause légale de divorce.

La législation du Bas-Empire connaît ces divers aspects du divorce, mais le *repudium* est cette fois-ci l'objet d'une subdivision différente de l'ancienne : on distingue le divorce qui entraîne une peine contre la partie coupable (*cum damno*) et le divorce sans aucune pénalité (*bona gratia*), qui ne doit pas être confondu avec le divorce par consentement mutuel (Nov. 117, cap. 8-12).

Dans le chapitre précédent nous avons exposé la doctrine de l'Eglise orthodoxe sur la dissolution du mariage pour cause déterminée ; il ne nous reste qu'à montrer la lutte qu'elle eut à soutenir contre le divorce en général et spécialement contre le divorce par consentement mutuel, qui a réussi à se maintenir jusqu'au X^e siècle.

* * *

La difficulté qu'on rencontrait dans la lutte contre le « *divortium ex consensu* » avait son fondement dans les idées humanitaires, desquelles il avait tiré sa force légale et auxquelles on ne voulait pas renoncer de bon cœur. « A cause de la profonde pénétration de l'institution du mariage dans toutes les circonstances de la vie, très souvent il serait pénible de porter les motifs spéciaux de divorce dans les salles d'audience ou devant l'opinion publique, par exemple en cas d'adultère, de mettre sous accusation des complices puissants et influents, de rendre publics des ignominieux sévices subis, de détruire, par la révélation des choses de nature très délicate et purement personnelle, des familles entières et de provoquer d'acribes inimitiés. Tout aussi peu, pourraient être ramenées à un motif spécial de divorce la haine implacable et l'antipathie invin-

cible, qui ont leur base dans les tempéraments et souvent dans des causes inexplicables⁽¹⁾ ».

Malgré ces difficultés, pour prévenir la décadence de la moralité et partant, de l'Etat, résultant de la facilité du divorce « *ex consensu* », les empereurs romains se sont bien vus dans l'obligation de prendre des mesures restrictives.

L'an 18, Auguste tenta de diminuer le nombre des divorces par la loi « *Julia de coërcendis adulteris* ». Comme dans le passé, le divorce devait avoir lieu sans l'intervention des autorités publiques ; pourtant, l'observation de certaines formalités devenait nécessaire : le consentement devait être confirmé par la déclaration de sept citoyens romains majeurs (D. XXIV. 2. 9).

Une limitation au droit de divorcer apportèrent aussi les lois « *Julia* » et *Papia Poppæa* » vers l'an 9 de notre ère, d'après lesquelles le mariage contracté entre une affranchie et son patron ne pouvait plus être dissous.

L'Eglise à son tour s'éleva avec force contre le divorce. Les canons prennent comme point de départ ce qui est dit dans le Nouveau Testament, mais pour eux la chose essentielle n'est pas l'interdiction du divorce, mais le précepte du Seigneur et les prescriptions de Saint Paul, d'après lesquelles un époux divorcé n'a plus le droit de se remarier (can. 48 apost. 102 Carth. 48 et 77 Saint Basile, 87 *in Trullo*), tandis que les Pères se prononcent énergiquement contre le divorce volontaire, comme le fait, entre autres, Saint Grégoire de Nazianze, qui demandait à Olympius d'employer tous les moyens pour empêcher le divorce par consentement mutuel de la fille de Verianus (Ep. 176).

L'influence de l'Eglise commence à se faire sentir dans la législation politique. L'an 331, Constantin

(1) Zhishman, op. c. p. 99.

limita le « *repudium injustum* » dans le sens que le mari ne pouvait se séparer de sa femme que si cette dernière s'était rendue coupable d'adultère, de proxénétisme ou du crime d'empoisonnement. Mais les causes pour lesquelles la femme pouvait renvoyer son mari furent réduites : au meurtre, crime d'empoisonnement et violation de sépulture (C. Theod. III. 16. 1).

Le « *divortium bona gratia* » fut soumis, de même, à des changements ; par exemple, au cas où le mari était parti à la guerre, la femme ne pouvait se remarier que quatre ans après la disparition du mari. La séparation illégale entraînait contre les époux des peines pécuniaires, en outre, la femme était privée du droit de se remarier. Le divorce « *ex mutuo consensu* » ne fut pas modifié par Constantin (Cod. V. 17. 7).

La législation de Constantin, abolie par Julien, l'an 363, fut rétablie et en partie modifiée par Théodose II et Valentinien III, l'an 449. En principe, ils étaient attachés à la loi de Constantin, d'après laquelle le divorce ne doit pas avoir lieu pour n'importe quelle cause futile ; pourtant, ils élargirent considérablement le droit de divorce, en ajoutant aux anciennes toute une série de nouvelles causes de divorce.

Pour divorcer, les deux époux pouvaient invoquer les causes suivantes : l'adultère de l'autre époux, le crime d'empoisonnement, le vol, le faux, le recel, la piraterie, la vie débauchée, les entreprises contre la vie. En outre, la femme pouvait divorcer unilatéralement pour cause de haute trahison, vol d'animaux et sévices de la part de son mari. Le mari pouvait renvoyer sa femme, lorsque celle-ci découchait sans autorisation, ou lorsque, toujours sans l'autorisation du mari, elle fréquentait les théâtres et les festins. Si le divorce se produisait sans une des causes mentionnées, des peines sévères frappaient les coupa-

bles. La femme perdait la dot et la donation « *ante nuptias* » ; en outre, sous peine d'infamie, elle ne pouvait pas se remarier avant cinq ans. Au cas de divorce non justifié, le mari était frappé seulement par des peines pécuniaires (perte de la dot et de la donation *ante nuptias*). Au cas de divorce fondé, le mari pouvait au bout d'un an épouser de nouveau la femme renvoyée ; la dot et la donation « *ante nuptias* » étaient attribuées à la partie non coupable.

L'an 497, l'empereur Anastase déclarait que, lorsqu'un mariage est dissous par consentement mutuel, sans qu'il existe un des motifs indiqués par les empereurs Théodose II et Valentinien III, en l'an 449, la femme, au bout d'un an, pourra convoler en secondes noces (Cod. V. 17. 9).

L'état de droit créé par Théodose dura à peu près un siècle et c'est seulement l'important règne de Justinien I^{er} qui amena des nouvelles réformes à la législation du divorce. Justinien pose, en cette matière, comme principe suprême que tout ce qui a été contracté entre hommes peut être dissous. Les stipulations « *ne liceat divertere* » étaient absolument nulles (Nov. XXII. c. 3).

Pourtant l'an 542, le même empereur, par la Nouvelle 117 ch. 10, abolit le divorce « *ex consensu* », sauf pour cause de piété.

D'après la Nouvelle 117, il existe deux sortes de divorce unilatéral (*repudium*) : le divorce « *cum damno* » et le divorce « *bona gratia* ».

Le premier est justifié par le crime de haute trahison, les entreprises contre la vie, par l'adultère prouvé judiciairement et par les circonstances qui habituellement accompagnent l'adultère ou lui succèdent.

Comme telles sont considérées : a) en faveur du mari : la participation de la femme, dans la société d'autres hommes, aux festins et aux bains, le séjour non autorisé de la femme en dehors de la maison

conjugale, la fréquentation des théâtres et cirques, sans l'autorisation du mari ; b) en faveur de la femme : les entreprises de la part du mari contre la moralité de la femme, accusation d'adultère non fondée contre cette dernière, l'entretien d'une concubine, les relations adultères continuées malgré des exhortations répétées.

Le divorce « *bona gratia* » fut de même l'objet de l'activité législative de Justinien. Le divorce pour cause de disparition, admis par Constantin, fut restreint par la Novelle 22 ch. 14 dans le sens que le temps d'attente a été fixé à dix ans au lieu de quatre.

La Novelle 117 ne reconnaît plus du tout cette cause de divorce. Mais le divorce pouvait avoir lieu pour cause d'impuissance avec une période d'épreuve de deux ans (L. 10. C. 5. 17) et d'après la Novelle 22. ch. 6 de trois ans. Comme causes de divorces, sont en plus reconnues : la captivité ou l'esclavage (Nov. 22. ch. 7 ; Novelle 117, ch. 12) le vœu de vie monastique, l'élévation à l'épiscopat (Nov. 22 ch. 5, Nov. 117 ch. 12).

En cas de divorce illégal, la femme perdait la dot et était exilée à vie dans un couvent, tandis que le mari, qui divorçait sans cause, perdait la donation « *propter nuptias* » et en plus devait supporter une peine de la valeur d'un tiers de la donation (Nov. 117 ch. 13).

La Novelle 117 fut confirmée plus tard par la Novelle 134 ch. 11.

Mais, comme le remarque le Bréviaire de Théodore Hermopolitanus (Nov. 134, § 26), la séparation sans cause restait valable : C'est mal, mais c'est valable, disait-il.

Le divorce par consentement mutuel, aboli par Justinien, fut rétabli, l'an 566, par son successeur Justin II (la Novelle 140).

Justin II commence par déclarer que rien n'est plus digne d'estime que le mariage, qui, assurant la

succession ininterrompue des familles, forme la base même de l'Etat. C'est pour cette raison qu'il désire que le mariage apporte le bonheur aux époux et que ces derniers, évitant les suggestions du Mauvais Esprit, ne se séparent pas sans une juste cause.

Mais, puisqu'un pareil état de perfection ne peut être atteint par tous les hommes, à cause de la diversité des tempéraments, qui très souvent engendre une inimitié dangereuse entre les époux, il s'est décidé à porter remède à cette situation, d'autant plus que d'après son opinion, son père, en abolissant le divorce par consentement, n'avait obéi qu'aux injonctions de sa raison juste et sûre et n'avait pas fait la part nécessaire à la faiblesse de la volonté humaine.

Nombreux sont ceux qui, supportant péniblement le mariage conclu, l'ont prié, raconte-t-il, de permettre la dissolution du mariage par consentement mutuel. Il en a quelque temps ajourné la solution, s'efforçant de réconcilier les époux, tantôt par conseil, tantôt par menaces, « mais nous n'avons pas réussi » dit-il, puisqu'il est difficile de réconcilier ceux qui sont dominés par des sentiments déréglés et par la haine. Il arrive même que certains d'entre eux se tendent réciproquement des embûches, en faisant usage des poisons et autres moyens qui donnent la mort, à tel point que les enfants même issus de leur mariage, n'ont pas pu les réconcilier ».

Pour ces motifs Justin II décrète le retour à l'ancien droit, selon lequel on pouvait, sans aucun dommage, faire dissoudre le mariage, « car si le mariage est formé par la volonté réciproque des époux, il est juste qu'il soit dissous « *ex consensu* » par leur intention contraire, dont les lettres de divorce sont la manifestation évidente ».

Enfin, Justin reconfirme les décisions antérieures concernant le mariage, les enfants qui en sont issus et les causes de dissolution.

D'une grande importance pour le développement de la doctrine concernant le divorce, non seulement dans l'Eglise orthodoxe, mais aussi dans la législation civile, est le canon 87 du synode *in Trullo* (692). Ce canon exclut le divorce sans cause, de même que le divorce par consentement mutuel. La conséquence en a été que l'*Ecloga* publiée (740) par l'empereur Léon II et par son fils Constantin a aboli le divorce par consentement mutuel. Les deux empereurs ont décrété ce qui suit : « La sagesse de Dieu, le Créateur, nous a instruit sur l'union indissoluble de ceux qui, étant légitimement mariés, vivent dans Notre Seigneur ; car, après avoir créé du néant l'homme, il n'a pas créé de la même façon la femme quoique cela lui eut été possible, mais il l'a formée de l'homme pour donner la loi que, puisque les deux personnes forment une seule chair, le mariage n'est pas dissoluble. C'est pour cela que lorsque la femme, à l'instigation du serpent, alla au devant de son mari, en lui offrant le fruit amer, il ne l'a pas séparée de son mari ; de même lorsque tous les deux ont enfreint l'ordre donné, Dieu n'a pas séparé l'homme de sa femme ; il a puni la faute commise sans dissoudre le mariage. Cette grande loi a été confirmée aussi par les paroles du Créateur : lorsque les Phari-siens lui demandèrent, si un homme pour une cause quelconque pouvait se séparer de sa femme, il répondit que ce que Dieu a uni, l'homme ne doit pas séparer, sauf en cas de fornication. C'est cette loi que nous aussi voulons suivre, et nous n'avons pas l'intention de prendre d'autres dispositions en cette matière. Mais, puisque les mauvaises habitudes se sont répandues parmi la grande majorité des hommes et qu'un grand nombre d'époux dissolvent leur mariage pour diverses causes futiles, nous avons jugé nécessaire d'indiquer dans la présente loi, un à un, les motifs pour lesquels les mariages peuvent être dissous ». (*Ecloga. tit. XIII*).

Après cette introduction, sont cités les motifs suivants de divorce :

1°. — La fornication de la femme.

2°. — L'impuissance du mari.

3°. — Des entreprises mettant en danger la vie de l'autre époux.

4°. — La lèpre. Toutes les autres causes de divorce, notamment la folie, sont supprimées.

Quarante ans plus tard, les empereurs Léon IV et Constantin, vers l'an 780, se virent dans l'obligation de prendre des mesures sévères contre ceux qui provoquaient entre eux une parenté spirituelle à un degré prohibé (can. 53 *in Trullo*), pour pouvoir divorcer ensuite⁽¹⁾.

La même Novelle condamne le divorce par consentement mutuel, rappelant que ce dernier n'est permis, conformément au Droit de Justinien, que dans un but de piété, ce qui ne paraît pas tout à fait en concordance avec le can. 5 apost.

Malgré ces interdictions, on a de bonnes raisons de croire que le divorce par consentement mutuel s'est maintenu même après la Novelle précitée⁽²⁾.

En effet, un peu plus tard, on rencontre encore la constitution d'un empereur, dont on ne connaît pas le nom, qui, pour maintenir la paix dans le mariage, permet le divorce par consentement, parce que ce divorce serait tout autant dans l'intérêt des époux que dans celui de l'Etat⁽³⁾.

De cette façon on s'explique pourquoi les canons 115 et 123 du patriarche Nicéphore (806-815) ne déclarent pas nul le divorce par consentement, et se bornent à le frapper uniquement d'une peine canonique ; d'autre part, il résulte de l'*Ecloga privata aucta* ch. 7, titre II, que le divorce par consentement

(1) Zacharia, J.G.R. III. 49.

(2) Zhishman, op. c. p. 106.

(3) Zacharia, op. c. III, p. 61.

mutuel était encore en vigueur à la date de la publication de cette collection, vers 867.

La Collection qui porte le nom de Photius (tit. XIII ch. 4) se borne à rappeler que le divorce par consentement mutuel a été aboli par Justinien (Nov. 117) et rétabli ensuite par Justin II. De cette simple mention, il résulterait que le divorce par consentement mutuel était encore en vigueur vers 883, parce que cette collection se réfère en dernier lieu seulement à la Novelle 140 de Justin II. Mais Balsamon dans son commentaire est plus explicite : il montre que les Basiliques ne reproduisent pas la Const. 9, tit. 17, lib. V du Code, qui permet la dissolution du mariage par consentement. Le fait que les Basiliques ne reproduisent pas non plus le chapitre 10 de la Novelle 117, abolissant le divorce par consentement, n'a aucune importance, dit-il, puisqu'elles ont reproduit (lib. XXVIII, tit. 7, ch. 4) le chapitre 13 de la Novelle 134 qui confirme la Novelle 117. Il remarque, en outre, que la Novelle 140 de Justin II, n'a pas été acceptée dans les Basiliques (Migne, P.G. CIV. 1192).

La victoire contre le divorce par consentement mutuel ne fut complète qu'à la fin du IX^e siècle. Les collections byzantines de cette époque contiennent, toutes, l'interdiction du divorce par consentement mutuel⁽¹⁾.

(1) Le Prochiron XI. 4, Epanagoga, tit. XXI, Basiliques XXVIII. 7. 6, Peira XXV. 37. 62, LXVIII. 6.

SECONDE PARTIE

CHAPITRE I

Les causes de dissolution du mariage. Classification.

Dissolution des fiançailles.

A. — Les causes de divorce ont fait l'objet de diverses classifications.

Jean Hadschits, un des premiers auteurs qui se sont occupés du divorce dans l'Eglise orthodoxe, les divisait en deux grands groupes, contenant chacun deux subdivisions : A. La mort, 1) la mort naturelle, certaine ou présumée, 2) la mort civile. — B. La fornication ou l'adultère, 1) certaine, 2) présumée⁽¹⁾.

Théodore Mandics, dans la première moitié du 19^e siècle, considérait comme causes de divorce : la mort, la fornication et l'apostasie qui, selon lui, sont les seules causes canoniques de dissolution du mariage⁽²⁾.

La division la plus répandue et généralement adoptée par les canonistes et les auteurs, qui se sont occupés de cette matière, est celle que nous donne la Novelle 117 de Justinien cap. 8, divisant les causes de divorce : a) en causes qui entraînent des peines contre les coupables et : b) causes qui dissolvent le mariage « *bona gratia* », c'est-à-dire sans pénalités contre les époux.

Malgré son ancienneté et son importance pratique, nous donnons préférence à la division des causes de

(1) Joan Hadschits, *Dissertatio de causis matrimonium dissociantibus*, Budæ 1826.

(2) Th. Mandics, *Dissertatio de causis connubium dissolventibus*, Leipzig 1849.

divorce en trois groupes selon leur origine et leur acceptation ou rejet par les collections canoniques. Cette division nous paraît plus juridique et plus conforme au développement de la doctrine ecclésiastique en matière de divorce, car l'Eglise orthodoxe n'a pas accepté indistinctement toutes les causes de dissolution du mariage établies par les lois civiles, mais seulement celles qui sont reconnues comme telles par le Nomocanon longtemps attribué à Photius. Le Nomocanon est déclaré obligatoire pour toute l'Eglise orthodoxe par le synode tenu à Constantinople l'an 920. La cause de divorce établie par l'Etat mais non acceptée dans cette collection n'a pas de force légale pour le droit ecclésiastique et aucun divorce ne peut être prononcé pour une pareille cause. Mais par l'acceptation dans la collection susmentionnée la cause de divorce acquiert le caractère canonique et peut servir de base à un divorce canoniquement valable.

Dans l'exposé que nous en ferons, nous diviserons donc les causes de divorce en : a) causes établies par l'Eglise en conformité avec les sources canoniques, b) causes établies par la législation civile et acceptées par l'Eglise, et c) causes établies par la législation civile et non acceptées par l'Eglise⁽¹⁾.

B. — Les fiançailles sont la promesse de mariage. Dans la loi mosaïque elles avaient la valeur du mariage, et quiconque entretenait des relations sexuelles avec la fiancée d'autrui était puni comme adultère (Comp. Deut. XXII. 24).

Après l'échange des symboles des fiançailles, la fiancée recevait le nom d'épouse. C'est dans ce sens que la Sainte Vierge est nommée l'épouse de Joseph (Matth. I. 20).

Dans le Droit romain les fiançailles étaient considérées comme un contrat accompagné le plus sou-

⁽¹⁾ Nicodem Milasch, *Dreptul bisericesc oriental*, p. 521. Bucuresti, 1915.

vent d'une « *stipulatio pœnæ* » valable dans ce cas. Elles étaient également accompagnées de certaines formalités : échange de cadeaux, dation d'arrhes ou le baiser que les fiancés se donnaient devant témoins. Quiconque avait des relations sexuelles avec une jeune fille fiancée de cette manière, commettait un adultère, mais les fiançailles conclues uniquement par des engagements verbaux, ne produisaient pas cet effet (Cod. V. I. 3. *De sponsalibus*).

Dans le cas de dissolution des fiançailles, la fiancée avait un privilège pour la restitution de sa dot, et le fiancé avait le droit d'agir en qualité de mari tant contre la fiancée fornicatrice que contre la personne qui a commis l'adultère avec elle (Basiliques IX. 7. c. 17, § 2 ; LX, 58, c. 8 et titre 7, cap. 12, § 3 du même livre).

La Novelle 109 de Léon le Philosophe et une novelle d'Alexis Comnène de l'an 1083, imposant aux fiançailles la bénédiction religieuse, les a complètement assimilées au mariage ; à partir de cette époque, elles ne peuvent plus être dissoutes que de la manière dont sont dissous les mariages parfaits.

Les fiançailles religieuses sont en principe indissolubles comme le mariage même ; elles ne peuvent être dissoutes que pour les motifs suivants :

1) Si les fiançailles ne pouvaient pas être valables à cause de l'âge impubère des enfants.

2) Quand la fiancée a été rendue grosse par une autre personne que le fiancé. Léon le Philosophe qui ajoute cette nouvelle cause de dissolution aux anciennes fixées par le Cod. V. 1., la justifie par la considération que pareilles relations, antérieures au mariage, prouvent de la part de la fiancée l'absence de bons sentiments et de sincérité envers son futur époux et en outre, elles constitueraient une cause de perpétuelles discordes dans la future famille (La Novelle 93).

3) Pour cause de diversité de religion et de dogmes.

4) Pour la turpitude des mœurs ou 5) à cause de changement de condition sociale. 6) Lorsque le mariage était différé plus de 4 ans pour un motif plausible, pour cause de maladie chronique, à cause du décès des parents, à cause des crimes entraînant condamnation capitale ou à cause d'un voyage de longue durée entrepris en cas de nécessité. 7) Lorsque les fiançailles ont eu lieu à la suite de la violence exercée par le gouverneur de la province, contre la volonté des parents. 8) Lorsqu'une des parties embrasse la vie monastique. Dans ce cas, on restitue les cadeaux de noces, mais on ne doit pas de dommages-intérêts (Photius, *Nomoc.* tit. 11, c. 1). 9) Lorsque le fiancé devenait décurion. 10) Lorsque sa fortune était confisquée ou qu'il était obligé à un service quelconque envers l'Etat⁽¹⁾.

Les fiançailles étaient également dissoutes, lorsque le mariage ne pouvait plus avoir lieu à cause d'un empêchement quelconque.

Les fiançailles conclues sans la bénédiction religieuse n'étaient pas nulles : elles avaient la force d'un contrat civil, constituant même un empêchement au mariage conformément à l'ancien Droit civil, mais le fiancé, seulement civilement, n'était pas considéré bigame dans le cas, où il se mariait après la mort de sa première fiancée.

Les lois civiles byzantines et les canonistes traitent longuement de la dissolution des fiançailles, mais au point de vue pratique, ces prescriptions là sont dépourvues d'intérêt, parce que l'Eglise orthodoxe, pour éviter les dernières conséquences résultant de l'assimilation complète des fiançailles et du mariage, conséquences quelquefois fâcheuses, notamment pour les futurs clercs, a pris la disposition

(1) Blastares, dans Migne, P. G. CXLIV. 1190.

de célébrer les fiançailles religieuses et le mariage le même jour, à la fois, sans discontinuité, de telle manière que la question de la dissolution des fiançailles religieuses ne se pose plus en fait.

§ I. — *Les Causes canoniques du divorce*⁽¹⁾

I. — **L'Adultère.**

A. — *La notion d'adultère.* — Comme nous l'avons déjà montré, d'après la doctrine de l'Eglise orthodoxe, l'adultère dissout complètement le lien conjugal. Sur ce point, la législation civile gréco-romaine est d'accord avec l'enseignement de l'Eglise orthodoxe : la Nouvelle 117, c. 8, § 2 cite l'adultère comme cause de divorce, immédiatement après le crime de haute-trahison.

Par adultère, on entend la violation de la fidélité conjugale. Pourtant, la notion d'adultère n'a pas été toujours comprise de la même manière : elle a eu un champ plus ou moins étendu selon les différentes définitions, dont il a été l'objet.

D'après une première définition, l'adultère est toute relation sexuelle contraire aux lois, que ce soit avec une personne libre ou avec une personne mariée. D'après cette conception, souvent appliquée dans l'Eglise, la notion d'adultère coïncide avec celle de fornication (Dig. XLVIII, 5, 6 ; Basil. LX. 37. 8.). L'argument de ceux qui confondent l'adultère et la fornication est qu'il ne peut exister qu'une seule union légitime du mari avec la femme et de la fem-

(1) Les causes de divorce sont énumérées dans le Nomocanon XII. 4 (Synt. Ath. I 294-301) et dans Blastares Γ, 13 (Synt. Ath. VI. 175 et 179), de même en latin dans *Beveregii Synodicon* II, p. 73-75, dans *Leunclavii Jus græco-romanum*, I. 507-510 et dans Migne, *Patrologia græco-latina* CIV (Nomocanon) et CXLIV (Math. Blastares). En russe : ch. 44, 48 et 49 de la Kormčiaia Kniga.

me avec le mari, par conséquent, disent-ils, ce qui n'est pas légitime est injuste et contraire à la loi et quiconque n'a pas son bien propre est en possession d'un bien étranger, même si ce dernier n'a pas de maître (Saint Grégoire de Nysse, c. 4).

D'une étendue plus restreinte est la définition donnée par les Pères de l'Eglise qui posent en principe que la « *copula carnalis* » d'une personne mariée avec une personne autre que son époux constitue l'adultère⁽¹⁾.

Quoique cette définition correspondait aux aspirations de l'Eglise, qui tendait à établir l'égalité juridique entre époux, elle n'a pas été acceptée par le Droit canonique de l'Eglise orthodoxe, qui a fini par se rallier à l'opinion de St. Basile, qui n'est que l'ancienne loi romaine modifiée par le Droit byzantin.

Dans L. 6 § I. Dig. XLVIII. 5 nous lisons qu'on appelle adultère même la fornication commise avec une vierge ou une femme libre. Mais aussitôt après, dans la même loi, nous rencontrons la restriction, que l'adultère proprement dit consiste dans les relations avec une femme mariée, le terme de fornication *stuprum*, Πορνεία) étant réservé aux relations avec une vierge, une femme libre ou avec des enfants (Cf. L. 34 et I D. XLVIII. 5).

Les légistes byzantins ont adopté cette distinction de l'adultère et de la fornication : d'après Harménopoulos (*Manuale legum*. lib. VI. tit. I) la définition de la loi *Julia de adulteriis* est abusive, parce que le véritable adultère est celui commis par la femme mariée.

La démarcation entre la fornication et l'adultère est nettement faite également par les Pères de l'Eglise et par les canonistes.

(1) Tertull. de Monog. c. 9 ; Lactance Div. Inst. VI. c. 23 ; Chrysost. Homil. V. in I Thesal. c. 4 ; De lib. rep. in I Cor. VII. 39 ; Augustin, De bono conjug. c. 4.

Le fondement de la distinction est la considération que, dans le premier cas, on satisfait l'instinct sexuel et ses passions amoureuses sans léser les droits d'une autre personne, tandis que l'adultère implique la violation des droits d'autrui, violation très souvent accompagnée des entreprises contre la vie de ce dernier.

Dans le cas de fornication, l'homme a des relations sexuelles avec une femme libre, tandis que dans le dernier cas il entretient des relations illicites avec la femme d'autrui (St. Grégoire de Nysse c. 4).

La fornication ne diffère pas beaucoup de l'adultère (I Thesal. IV. 4 ; Eccles. IX. 12) ; mais puisque les Pères recommandent l'indulgence, St. Grégoire de Nysse se range lui-même à la distinction exposée plus haut.

L'adultère étant donc un péché plus grave que la fornication, à cause du préjudice qu'il porte à une tierce personne, les peines de l'adultère seront également plus sévères : les Pères de l'Eglise sont d'accord pour doubler les peines de l'adultère par rapport à la pénitence imposée aux fornicateurs.

St. Basile (can. 21) fait la même distinction entre l'adultère et la fornication. Le mari ayant sa femme légitime et entretenant des relations avec une femme libre est fornicateur et non adultère, faute de canon le condamnant comme tel, mais il doit être puni plus sévèrement que l'homme non marié, qui s'est rendu coupable de fornication.

En effet, ce dernier a une excuse que le premier, n'agissant qu'à cause de son intempérance et de ses sentiments déréglés, ne peut pas invoquer.

La femme doit reprendre le mari fornicateur, qui s'est départi de son inconduite, mais le mari est obligé de chasser de sa maison la femme adultère. St. Basile ajoute qu'on ne peut pas trouver facilement la justification de cette mesure, mais la coutume est ainsi établie ; il invoque : Proverbes

XVIII. 22 et Jérem. III. I. Les commentateurs remarquent que ce dernier passage « la femme ne retournera plus auprès de son mari », doit être entendu du mari qui ne veut plus la reprendre : mais si le mari lui pardonne, elle devra être reprise dans le délai de 2 ans, en conformité avec les Nouvelles de Justinien et de Léon le Philosophe.

Il est enfin à noter que la femme, qui a fait vœu de chasteté et qui ensuite cède au désir de la chair, est adultère, de même que l'homme avec qui elle a péché (Can. 60 St. Basile).

Il en est de même de celui qui épouse la fiancée d'autrui, du vivant de ce dernier (Can. 98 St. Basile et 98 du synode *in Trullo*).

Les Pères de l'Eglise citent très souvent les paroles du Seigneur rapportées dans St. Matth. XIX. 9 et V 32. Les canonistes les interprètent dans le sens que c'est seulement celui qui renvoie sa femme non divorcée dans les formes légales, qui se rend coupable d'adultère. Par un argument *a contrario*, on en conclue que quiconque renvoie sa femme pour une juste cause et en épouse une autre, libre ou divorcée dans les conditions légales de la Nouvelle 117 de Justinien, ne se rend pas coupable d'adultère⁽¹⁾.

En ce qui concerne la femme divorcée, les Pères et les canonistes sont d'accord qu'elle doit rester non mariée (can. 48 St. Basile) et cela à cause des termes généraux dont s'est servi le Seigneur, sans distinguer si elle a été renvoyée pour une juste cause ou non, mais elle ne devient adultère que si elle contracte une nouvelle union, le simple fait d'avoir abandonné le mari ne la rendant pas adultère⁽²⁾.

Quoique la femme n'ait pas été la cause du divorce, mais le mari, elle sera condamnée comme adultère si, ne se réconciliant pas avec lui, elle contracte une nouvelle union.

(1) Migne, P.G. CXXXVII. 134.

(2) Ibid. CXXXVIII. 621.

On s'est posé la question suivante : quelle peine encourra le mari de la femme renvoyée injustement, le mari, cause, auteur de l'adultère, si la femme contractait un nouveau mariage ?

Quelques-uns l'ont considéré adultère, mais ce n'est pas l'opinion de Balsamon, puisqu'il ne dépend que de la volonté de la femme de ne pas se remarier et par conséquent de ne pas devenir adultère⁽¹⁾. Il ne doit donc pas être considéré adultère, mais on agira contre lui conformément aux lois civiles, qui interdisent le divorce sans juste cause et ici Balsamon nous renvoie à la Nouvelle 134 cap. 11, reproduite par les Basiliques : livre XXVIII. tit. VII c. 6.

Le christianisme a soutenu le principe de l'égalité des droits des époux. Ce principe est affirmé par exemple par Saint Basile dans son canon 9 et nous le retrouvons également dans la législation romaine du Bas-Empire, qui appliquait indistinctement au mari et à la femme les peines du divorce téméraire.

Pourtant St. Basile, dans le même canon 9, affirme que la coutume est plus sévère envers les femmes, auxquelles elle fait un devoir absolu de ne jamais abandonner leurs maris, car même si elles les ont quittés à cause des mauvais traitements qu'ils leur infligeaient, il eût mieux valu supporter les coups que de se séparer ; le gaspillage de la dot ne constitue pas non plus une juste cause, de même que la fornication du mari.

Cette pratique serait d'autant plus justifiée, que l'Apôtre lui-même n'ordonne pas à la femme de se séparer de son mari infidèle, mais au contraire, il lui enjoint de rester avec lui à cause du résultat incertain, car la femme pourra peut-être sauver son mari (I Cor. VII. 16).

Pour ces raisons St. Basile affirme, que la femme

(1) Ibid. 729.

qui abandonne son mari, quelque soit la cause de l'abandon, et qui en épouse un autre, est adultère, mais l'homme abandonné n'est pas coupable, la responsabilité incombant entièrement à la femme qui l'a abandonné. Dans ce cas, la seconde femme, qui cohabite avec le mari délaissé, n'est pas adultère.

Le mari est adultère seulement lorsqu'il se sépare, sans juste cause, ajoutent les canonistes, d'avec sa femme et en épouse une autre, parce qu'il fait commettre l'adultère à son ancienne épouse ; de même la femme, qui habite avec le mari qui a renvoyé sans raison sa femme légitime, est adultère, parce qu'elle prend le mari d'une autre femme.

Il va de soi que l'adultère doit avoir été commis intentionnellement. Dans tout crime il faut chercher l'intention : Saint Basile le fait longuement, quand il examine les circonstances dans lesquelles un crime est volontaire et celles dans lesquelles il ne l'est pas (Can. 8 Saint Basile). Par conséquent, il n'y a pas d'adultère, lorsque les relations ont eu lieu par erreur ou lorsque la femme a été violentée. Saint Basile le dit formellement pour le cas de fornication (can. 49) et Saint Grégoire le Thaumaturge pour les femmes captives violentées par les barbares, à moins qu'elles n'aient entretenu les relations coupables avant même leur captivité (can. 11). Ce n'est que la confirmation de l'ancien principe : « *Vim passa mulier lege non tenetur* » (L. 39 D. XLVIII. 5).

B. — Les Peines de l'Adultère.

I. — *Les peines ecclésiastiques.* — L'adultère est un péché tellement grave, que Saint Basile assimile la personne adultère aux homicides, aux corrompisseurs d'animaux, aux fabricants de poisons, aux idolâtres, auxquels il inflige une pénitence de 15 ans (can. 7 et 58).

Saint Grégoire de Nysse punit l'adultère de 18 ans de pénitence, le double de la peine de la fornication (can. 4).

Les synodes d'Ancyre (can. 20) et le 6^e œcuménique *in Trullo*, se montrent plus indulgents envers les personnes coupables d'adultère, auxquelles ils infligent une peine de sept ans. (Can. 87).

Cette pénitence comportait 5 degrés : la première année, le pénitent devait se tenir aux portes de l'Eglise et, tombant aux pieds de ceux qui y entraient, avec des larmes il leur demandait de prier pour lui ; pendant la deuxième période, il avait la permission de rester à l'entrée de l'Eglise pour entendre la lecture des Saintes Ecritures ; pendant la troisième étape, le pénitent participait aux prières des catéchumènes, ensuite à celles des fidèles et ce n'était que seulement après 7 ans de pénitence — les trois dernières périodes comptant chacune deux ans — qu'il était considéré digne de communier.

La femme adultère ne passait pas par les degrés ici indiqués ; elle était simplement exclue de la communion pendant 15 ou 7 ans pour la raison que, si elle était rangée parmi ceux qui pleuraient aux portes de l'église ou bien placée parmi les catéchumènes, tout le monde et surtout le mari se dirait qu'elle s'était rendue coupable d'adultère et peut-être même d'autres crimes, et de ce fait, il résulterait pour elle un danger de mort (can. 34, Saint Basile).

L'adultère est un crime à ce point grave que le laïque, dont la femme a commis l'adultère, ne peut pas être reçu dans le clergé ; à plus forte raison il ne sera pas reçu, si c'est lui-même qui l'a commis. Si la femme a commis l'adultère après l'ordination de son mari, ce dernier doit la renvoyer ; en cas contraire, il sera déposé de sa charge (can. 61 apost. et 8 du synode de Néo-Césarée).

II. — *Les peines civiles.* — Les lois civiles byzantines ont accepté la plupart des pénalités prévues

par le Droit romain. Nous allons exposer rapidement cette législation, qui ne présente plus qu'un intérêt rétrospectif.

a) Il est permis au père, mais non au mari, de tuer n'importe quel homme adultère. Il peut le tuer dans sa maison, bien que la fille n'habite pas avec lui ; de même il peut le tuer dans la maison de son gendre, s'il l'y a surpris en flagrant délit. Il ne peut pas les tuer ailleurs ; en outre, il est obligé de les tuer tous les deux en même temps et non pas l'un aujourd'hui et l'autre quelques jours après.

Le mari ne peut tuer l'homme adultère que dans sa maison, et puis il n'a pas le droit de tuer n'importe quel homme adultère, mais seulement celui qui a été convaincu de proxénétisme, ceux qui font profession de comédiens, qui se sont exhibés dans des théâtres publics comme chanteurs ou danseurs, celui qui a été publiquement condamné sans avoir bénéficié de « *l'in integrum restitutio* », son propre affranchi ou l'affranchi de son épouse, de ses parents et de ses enfants, et enfin les personnes de condition servile.

Celui qui a tué une des personnes énumérées plus haut, doit, d'après la loi, faire dissoudre le mariage. Le père agissant à la place du mari, comme s'il avait la fille sous sa puissance, peut tuer même un magistrat, si ce dernier venait à être surpris en flagrant délit d'adultère (Basil. LX. 37. 23. 25).

b) Le mari, qui a surpris et arrêté l'homme adultère, mais ne peut pas ou ne veut pas le tuer, a le droit de le détenir pendant 20 heures et de faire venir des témoins, qui attesteront qu'il a été surpris en adultère. Mais s'il l'a élargi, il ne possède plus le droit de détention ; en cas d'évasion il peut le ramener et le détenir pendant 20 heures (Basil. LX. 37. 26).

c) Quiconque aura tué l'homme adultère surpris en flagrant délit ne sera pas puni comme homicide.

Le mari, qui soupçonne qu'un homme étranger veut séduire sa femme, doit, par lettres contenant trois attestations de personnes dignes de foi, le sommer de s'abstenir de toutes relations avec son épouse. Si après cette sommation le mari trouve sa femme en conversation avec l'étranger, il aura le droit, sans craindre aucun danger, de tuer l'homme adultère, dans sa propre maison, dans celle de son épouse ou de l'homme adultère, dans les cabarets ou les faubourgs de la ville.

Si le mari surprend sa femme en conversation avec l'homme étranger ailleurs ou dans l'église, il doit, accompagné de trois témoins dignes de foi, porter plainte au magistrat qui instruira le crime. Le juge, prenant connaissance des démarches antérieurement faites par le mari auprès de l'étranger soupçonné, punira ce dernier pour adultère, sans aucune autre preuve, et le mari à son tour aura la faculté d'accuser sa femme d'adultère et de poursuivre le crime, conformément aux lois.

Le droit d'asile ne s'applique pas aux personnes accusées d'adultère. Les personnes peuvent se réfugier dans les lieux sacrés, elles n'en seront pas moins livrées au magistrat de la province, qui leur infligera les peines de l'adultère sur simple suspicion, sans aucune autre preuve, car, ajoute-t-on, il ne faut pas que les personnes adultères trouvent leur sécurité dans le lieu, qu'ils ont souillé par leur crime (Nov. 117 cap. 15, § 1 ; Basil. XXVIII. 7. 7. Prochiron 39. 42).

d) Léon le Philosophe, dans sa Novelle 32, trouve les anciennes lois trop rigoureuses ; c'est pour cela qu'il se décide pour une peine plus douce, celle de faire couper le nez aux deux coupables. En cela, il suivait les dispositions contenues dans les lois des Longobards (Cf. Nov. 134 c. 13).

Les intermédiaires et ceux qui auront prêté leur

concours, seront exilés à perpétuité, après avoir été battus et tondus. (Basile LX. 37. 72).

La femme mariée, commettant l'adultère avec son esclave, sera mutilée du nez après avoir été battue et tondue ; en outre, elle sera expulsée de la ville où elle habite, dépossédée de toute sa fortune et la succession ouverte conformément à la loi (Prochiron 39. 44 ; Basil. LX. 37. 74).

La femme sans mari et sans enfants, ayant commis l'adultère avec son propre esclave, sera battue et tondue ; l'esclave également battu et tondu sera vendu et le prix attribué au fisc.

Mais si elle a des enfants, ceux-ci acquerront la propriété de tous les biens de leur mère, cette dernière n'en conservant que l'usufruit ; les esclaves seront vendus et le prix attribué aux enfants. (Prochiron 39. 44 ; Basil. LX. 42. 13).

Le mari, qui a connu et pardonné l'adultère de sa femme, sera battu et exilé (Prochiron 39. 64), prescription contraire à la doctrine chrétienne qui recommande la réconciliation dans tous les cas.

Si l'homme condamné pour l'adultère de la femme épouse cette dernière, le mariage sera nul, quoique la femme n'ait pas été condamnée. L'héritage que les personnes adultères se sont laissé réciproquement sera confisqué. (Basil. LX. 42. 13).

Quiconque épouse la femme condamnée pour adultère se rend coupable du crime d'adultère, mais non celui qui la prend comme concubine. (Basil. LX. 37. 1).

e) Enfin, d'accord avec la législation de Justinien (Cf. Nov. 134 c. 10), Léon le Philosophe, dans la Novelle 32, prend des dispositions plus sévères contre la femme convaincue d'adultère. Le mari retiendra la dot de la femme, à titre de consolation pour une si grande injure. En outre, la femme ne pourra convoler en secondes noces ni avec son complice ni avec une autre personne ; bien plus, elle

sera exilée dans un couvent pour y expier la faute commise. Toutefois elle ne sera pas forcée d'embrasser la vie monastique, à moins qu'elle ne le désire. Dans cette dernière hypothèse, ses biens, autres que la dot, seront partagés entre les enfants et le couvent. Faute d'enfants, les biens seront attribués aux plus proches parents.

Si elle venait à mourir étant laïque, ses biens seraient partagés conformément à ses dispositions testamentaires.

f) Le mari a, pendant un délai de deux ans, le droit de reprendre sa femme, sans avoir à craindre un danger quelconque ; d'autre part, les événements, qui se sont produits pendant ce délai, resteront sans influence sur le mariage (Nov. 134. cap. 10 ; Basil. XXVIII. 7. 1).

II. — Les circonstances qui accompagnent l'adultère.

Les circonstances, qui, en général, accompagnent l'adultère ou le font supposer, sont considérées par la Nouvelle 117 comme causes distinctes de divorce. C'est pour cette raison que nous allons les exposer dans un paragraphe spécial, bien qu'elles semblent être plutôt une extension ou tout au moins un moyen de preuve de l'adultère.

De même, les entreprises de l'un des époux contre la vie de l'autre constitue, d'après la même Nouvelle, une cause distincte de divorce. Nous les avons toutes réunies sous la rubrique des circonstances qui accompagnent l'adultère, puisque, ordinairement, ce sont les relations de l'un des époux avec une personne étrangère qui provoquent les manœuvres contre la vie de l'autre.

Ces circonstances sont les suivantes :

A. — *Fautes imputables à la femme.* (Nov. 117. cap. 8). a) Si la femme s'est rendue coupable d'embûches contre la vie du mari ou si elle a eu connais-

sance des entreprises préparées par d'autres personnes, et ne les lui a pas dénoncées. Peu important la nature ou le mobile de ces entreprises, qu'elles aient ou non réussi ; il faut seulement qu'elles mettent en danger la vie de l'autre époux (comp. can. 8. St. Basile).

b) Si contre la volonté du mari la femme prend part aux festins avec des hommes étrangers ou va aux bains en leur société.

c) Si contre la volonté du mari elle séjourne hors de la maison conjugale, sauf dans les cas où elle se trouvait chez ses parents ou lorsqu'elle a été chassée sans que le mari puisse lui imputer une des causes prévues par la loi. La dissolution du mariage n'aura pas lieu dans cette hypothèse, parce que nous nous trouvons en présence d'un cas de force majeure pour la femme, cas provoqué par le mari (can. 35 St. Basile).

d) Si la femme a assisté aux jeux équestres, aux spectacles ou a participé aux chasses à l'insu du mari ou contre sa volonté.

Dans tous les cas, le mari obtient le droit de jouissance sur la dot de la femme coupable, la propriété en étant réservée aux enfants issus du mariage ; s'il n'y a pas d'enfants, le mari en aura la pleine propriété.

e) Le fait pour la femme de se concerter avec une troisième personne, du vivant de son mari, en vue de conclure un nouveau mariage, a été considéré par la Nouvelle 22. c. 6. § I. comme une cause de divorce. Plus tard, dans la Nouvelle 117. c. 8, Justinien ne la compte plus parmi les causes de divorce.

Par la Constitution 30, Léon le Philosophe revient à la première décision de Justinien en décrétant que les abouchements de la femme avec une troisième personne, en vue de conclure un nouveau mariage, constitue une cause de divorce et la justification en est que par son action la femme a offensé

le Créateur qui les avait unis et qu'en regardant avec convoitise un autre mari, la femme s'est elle-même séparée la première d'avec son mari, envers lequel elle a manifesté des sentiments hostiles.

B. — *Faultes imputables au mari.* (Nov. 117 cap. 9).

a) Si le mari a tendu des embûches contre la vie de sa femme, ou si ayant connaissance des entreprises préparées par d'autres ne les lui a pas dénoncées, ni s'est efforcé à la défendre conformément aux lois.

b) Si le mari porte préjudice à la pureté de sa femme, en la livrant à d'autres hommes.

Dans ces deux cas la femme obtient, outre sa dot, la donation *propter nuptias*, dont la propriété est réservée aux enfants, s'il y en a.

c) Si le mari a accusé sa femme d'adultère sans pouvoir le prouver.

Dans ce cas le mari perd non seulement la donation « *propter nuptias* » mais aussi un tiers de cette donation, prélevé sur les autres biens propres. Ces peines s'appliquent quand il n'y a pas d'enfants ; s'il y en a, tous les biens du mari leur sont attribués, et les droits concernant la donation *ante-nuptiale*, et résultant d'autres lois, restent valables. (4. Harmen. XV. (XII) § 14 ; Prochiron XI. 17).

En outre, le mari subira les peines que la femme aurait dû subir, si elle avait été condamnée.

d) Si le mari, méprisant sa femme, cohabite avec une autre femme dans la maison commune ou dans une autre maison dans la même localité, et si, malgré les exhortations répétées de sa femme, des parents de cette dernière, ou d'autres personnes dignes de foi, il ne se départit pas de son inconduite.

Comme dans le cas précédent, la femme reçoit en plus de sa dot et de la donation *ante-nuptiale*, le tiers de cette dernière prélevé sur les autres biens du mari.

S'il y a des enfants, la femme n'aura que l'usufruit

de la donation « *ante-nuptiale* » et du tiers reçu par elle à titre de peine infligé au mari, la propriété en étant réservée aux enfants communs ; à défaut d'enfants, la femme en aura la pleine propriété (4 Harmen. XV (XII) § 15. Prochiron XI. 18).

C. — D'après les Basiliques XXVIII. tit. 8. reproduisant L. 39. D. XXIV. 3), si les époux ont donné tous les deux des causes de divorce, ayant des torts réciproques, la dissolution aura lieu sans aucun dommage pour eux, car les délits étant égaux, la dissolution a lieu par une compensation réciproque.

Mais les canonistes, dans ce cas, admettent une compensation des torts rendant impossible la dissolution du mariage.

Le mari, qui a connu et toléré l'inconduite de sa femme, ne pourra plus divorcer d'avec elle pour cause d'adultère ; il en est de même du mari qui s'est réconcilié avec sa femme, après l'avoir convaincue d'adultère.

Si la femme accusée d'adultère prouve que son mari s'est rendu coupable du même crime, le juge ne les séparera pas.

Pour empêcher la dissolution du mariage, la femme accusée d'adultère pourra opposer au mari non seulement l'exception d'adultère, mais aussi les vices contre nature dont ce dernier s'est rendu coupable et l'hérésie dans laquelle il serait tombé, car tous les deux, ajoute-t-on, doivent faire pénitence et les fautes d'un des époux se neutralisent par celles de l'autre ⁽¹⁾.

D. — La femme fouettée ou frappée avec des bâtons par son mari pour une cause ne donnant pas le droit de divorcer ne peut pas se séparer d'avec lui.

Le mariage dans ce cas reste indissoluble, mais le mari convaincu de voies de fait contre sa femme, dans une circonstance autre que celles qui consti-

(1) La règle de Matth. Bassarab ch. 179. 180. ed. Bujoreanu. Sur cette collection voy. *infra* p. 137.

tuent des causes de divorce, sera frappé de peines pécuniaires. A titre de dommages-intérêts pour les sévices subis, la femme recevra, même durant le mariage, outre sa dot, le tiers de la donation « *propter nuptias* » prélevés sur les biens du mari. (Basil. XXVIII.7. 7 ; comp. c. 9. St. Basile).

E. — La législation civilo-ecclésiastique des principautés roumaines, édictée au milieu du 17^e siècle et restée en vigueur jusqu'à l'introduction du Code civil en 1865, permettait à la femme de demander le divorce, lorsque le mari la battait outre mesure, en lui causant des blessures avec des armes, ou bien lorsqu'il la terrifiait par ses menaces ; elle accordait au mari le même droit, lorsque sa femme le battait ou qu'elle se faisait avorter.

Le mari était obligé de subvenir à l'entretien de sa femme, qui avait quitté le domicile conjugal à cause des mauvais traitements qu'il lui avait infligés ⁽¹⁾.

Les sévices devaient être prouvés par des témoins dignes de foi, parmi lesquels ne pouvaient pas figurer les parents de la femme. Les lamentations et cris de cette dernière, qu'on entend du dehors, ne suffisaient pas à prouver les sévices pratiqués par le mari.

Le législateur recommande enfin d'ajouter plus de foi aux témoins qui affirment qu'à ceux qui nient.

Les mêmes lois, qui ne sont que la traduction des dispositions prises à Constantinople sous l'empereur Alexis Commène, au 12^e siècle, reconnaissent au mari un droit de correction sur sa femme.

Le mari a le droit de battre sa femme pour juste cause et avec raison ; la correction doit, en outre, être appliquée avec mesure, avec douceur et sans haine. Le législateur a pris en même temps le soin de

(1) La règle de Matth. Bassarab, p. 121. 122.

décider, quand la correction est appliquée avec mesure et quand elle ne l'est pas.

Les coups sont considérés comme appliqués outre mesure, contre la convenance et avec animosité, quand la femme est battue avec une verge et surtout lorsque le morceau de bois, avec lequel son mari la frappait, en était brisé, ou qu'il lui avait causé des blessures sanglantes et enfin, lorsqu'il lui a donné des coups sur la figure ou sur la tête.

Si quelqu'un n'a battu sa femme qu'une seule fois ou s'il la bat en lui appliquant des coups de poing ou des soufflets, cela ne s'appelle pas par animosité, aussi fort et aussi souvent qu'il la batte.

A la demande de la femme, qui craint les sévices de son mari, homme violent, se mettant facilement en colère, le juge peut ordonner à ce dernier de fournir caution à sa femme pour la garantir de tous excès et sévices.

Malgré la caution, le mari conserve le droit de corriger sa femme, lorsqu'elle se rend coupable d'une faute grave, mais il doit toujours l'exercer avec mesure et sans animosité.

Hâtons-nous de dire que cette législation, étrangère au sol roumain, n'a jamais été appliquée à la lettre, parce que les mœurs du pays ont toujours été plus douces que l'eussent supposé les dispositions susmentionnées..

III. — L'avortement.

L'avortement était une pratique très répandue chez les Romains ; c'est pour cela que les lois prononçaient des peines sévères contre les personnes qui s'en rendaient coupables, peines qui allaient jusqu'au supplice suprême (L. 38. § 5. D. XLVIII. 19).

Tertulien (Apol. c. 9.) s'élevait avec énergie contre ce crime, de même que Lactance (l. VI. c. 20) et Minutius Félix in Octavo.

Le synode d'Ancyre (can. 21) soumet les femmes, qui donnent et qui acceptent des médicaments abortifs, à une pénitence de 10 ans.

D'après St. Basile (can. 2) les femmes qui de propos délibéré ont supprimé les fœtus, sont passibles des peines du meurtre, sans distinguer — et en cela il différerait de la loi mosaïque (Exod. XXI. 22. 23) — si les fœtus étaient ou non formés.

De même le 6^e concile œcuménique *in Trullo* assimile aux meurtriers tant les personnes qui donnent que celles qui acceptent les médicaments abortifs. (c. 91).

Enfin, aux femmes qui suppriment les fœtus, sont également assimilées celles qui abandonnent leurs enfants, celles qui ne les nourrissent pas ou les exposent à la pitié publique, qu'elles-mêmes n'ont pas eue (can. 52 St. Basile).

La Nouvelle 22. c. 16 § 1 reproduisant les dispositions du Code (l. 11 § 2 C. V. 17), considérerait l'avortement comme une cause de divorce, parce que par son ignominie la femme a causé une grande douleur au mari, qu'elle prive de tout espoir de postérité. Mais dans la Nouvelle 117 cap. 8, Justinien ne compte plus l'avortement parmi les causes de dissolution du mariage.

L'empereur Léon le Philosophe, favorable au divorce, remet en vigueur la première loi de Justinien, qui lui paraît plus utile. Une femme qui se fait avorter, doit, d'après l'opinion de Léon le Philosophe, être considérée comme une ennemie du mari : une pareille femme est même plus coupable que celle qui, contre la volonté du mari, a séjourné hors de la maison conjugale ou qui, toujours sans consentement du mari, a pris part aux festins avec des hommes étrangers. Et pourtant, ces dernières actions, moins coupables que l'avortement, constituent des causes de divorce ; à plus forte raison, conclut Léon le Philosophe, le mari est fondé de

répudier sa femme coupable d'avortement, crime contre le mari, en le privant de postérité, et contre la nature en même temps (Novelle 31). Cette disposition a été aussitôt acceptée dans la collection fondamentale des canons de l'Eglise orthodoxe (Nomoc. XIII. 10).

IV. — La diversité de religion.

De bonne heure l'Eglise s'est prononcée contre le mariage des orthodoxes avec des hérétiques et des païens, sauf dans le cas où la partie hérétique manifestait l'intention de se convertir au christianisme : dans ce sens, le concile de Carthage c. 21, de Laodicée c. 10 et 31, de Chalcédoine c. 14.

Le 6^e synode œcuménique c. 72, reproduisant la même interdiction, ajoute qu'un pareil mariage, s'il a eu lieu, doit être dissous et les coupables excommuniés, car, s'exprime-t-il, on ne doit pas mélanger des choses qui ne peuvent pas être mélangées ; on ne doit unir ni la brebis avec le loup, ni les pécheurs avec les élus du Christ.

Enfin le canon arrive à l'hypothèse prévue par St. Paul : I Cor. VII. 12. 17 : Deux époux ont contracté mariage légitime, étant infidèles tous les deux ; plus tard un des deux se convertit au christianisme, l'autre persistant dans l'erreur. Dans ce cas, l'Apôtre — C'est moi qui le dis et non le Seigneur, s'exprime-t-il, — ordonne à la partie chrétienne de ne pas dissoudre le mariage, si le conjoint infidèle consent à habiter avec elle, car le mari infidèle est sanctifié par la femme, et la femme infidèle est sanctifiée par le mari ; autrement vos enfants seraient impurs, tandis que maintenant ils sont saints » (vers. 14).

Mais si l'incrédule veut se séparer, qu'il se sépare ; le frère ou la sœur ne sont pas asservis dans ces conditions.

A ce cas on a assimilé celui où l'époux demeuré

infidèle veut bien cohabiter avec le conjoint converti, mais veut lui imposer en cette cohabitation des actes contraires à la religion chrétienne ou aux devoirs essentiels du mariage. Cette discipline est attestée dès les origines : voy. le comentaire d'Ambrosiaster, In I Cor. VII, et l'homélie XIX de St. Jean Chrysostome.

Le divorce a lieu également au cas où, de deux époux chrétiens, mariés dans l'Eglise, l'un apostasiait ou tombait dans l'hérésie, si ce dernier refusait de cohabiter ou s'efforçait d'entraîner l'autre dans ces erreurs. L'époux délié du lien matrimonial peut contracter un second mariage, sans avoir à subir des peines pécuniaires.

Pour justifier la dissolution du mariage conclu par un chrétien avec un hérétique ou un païen, les canonistes se réfèrent également à la définition du mariage donnée par la loi romaine : lib. XXIII, tit. III Dig. I : « *Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio* ». De cette définition il résulte que ceux qui contractent mariage doivent appartenir à la même religion, car la diversité d'opinion dans cette importante matière, qui concerne le salut des âmes, serait une source de continuelles discordes dans la future famille. On cite très souvent comme exemple la dissolution du mariage d'un trompette de l'empereur de Byzance, dissolution qui a eu lieu par la décision du patriarche Théodote, pour la raison que la femme ne voulait pas suivre son mari qui avait embrassé le christianisme. (Migne, P.G. CXIX. 767).

Toutefois, la loi civile reconnaît la possibilité des mariages entre les orthodoxes et les hérétiques et exige dans ce cas que les enfants soient élevés dans la religion orthodoxe (I Cod. tit. 5. const. 12 et const. 18 du même titre), principe accepté et appliqué par l'Eglise orthodoxe. La loi romaine (Cod. lib. V tit. I const. 5) avait prévu également le cas de

rupture des fiançailles pour cause de diversité religion : si la fiancée avait connu avant les fiançailles la diversité de religion entre elle et son fiancé, ses parents en étaient considérés responsables ; si elle n'avait pas connu cette circonstance ou bien si elle l'avait connu seulement après la remise des arrhes, les parents étaient obligés de restituer simplement les arrhes.

Enfin la loi romaine considérait comme adultère le mariage des chrétiens avec les juifs (Const. 6 tit. 9, lib. I Cod.), et les lois byzantines punissaient de la peine de mort le retour au paganisme, ou infligeaient simplement certaines déchéances civiles à ceux qui rejetaient la vraie doctrine chrétienne, en devenant hérétiques. (Prochiron, XXXIX. 33, 34).

Il est à noter que la législation civile serbe a accepté ce motif de divorce (§ 94,4 Cod. civil serbe).

Jusqu'ici nous nous sommes placés dans l'hypothèse qu'un seul des époux a embrassé le christianisme, l'autre persistant dans l'erreur. Mais quelle serait la solution à donner dans le cas où l'autre époux se convertirait également au christianisme et demanderait à reprendre son ancien conjoint engagé maintenant dans les liens du second mariage ?

Les canonistes distinguent selon que le premier mariage a été ou non dissous par l'Eglise ⁽¹⁾. Dans le premier cas, il n'y a plus rien à faire, puisque le second mariage conclu avec un conjoint chrétien reste valable et donc indissoluble. Mais si l'époux chrétien a contracté le second mariage sans faire dissoudre le premier, celui-ci restera valide et le second sera dissous par le juge, qui conseillera aux anciens époux de reprendre la vie commune.

On applique le même criterium dans le cas où le premier époux converti a embrassé la vie monacale : s'il l'a embrassée après avoir fait dissoudre le

(1) La règle de Math, Bassarab. ch. 182. p. 120.

premier mariage par l'Eglise, il n'y aura plus lieu à la reprise de la vie commune, mais s'il est entré dans les ordres sans faire dissoudre la première union, le juge pourra permettre à l'époux devenu moine de quitter les ordres, pour reprendre la vie commune avec son ancien conjoint. La décision du juge a un caractère facultatif : l'époux entré dans les ordres ne peut être obligé de les quitter ; pour la reprise de la vie conjugale, son consentement est nécessaire. Mais, si l'époux entré dans les ordres a reçu l'ordination comme diacre ou prêtre, il ne pourra plus les quitter, même s'il le voulait : les moines non encore parfaits, c'est-à-dire ceux qui ont reçu uniquement la bénédiction des habits de religieux — le premier degré dans la vie monacale, — sont les seuls à pouvoir quitter les ordres pour reprendre la vie conjugale avec l'ancien conjoint.

V. — Le fait, pour un conjoint, d'avoir reçu son propre enfant des fonts baptismaux.

Le canon 53 du synode *in Trullo* considère la parenté spirituelle résultant du baptême supérieure à la parenté naturelle.

En se fondant sur cette disposition, les canonistes de l'Eglise orthodoxe ont décidé que la parenté résultant du baptême constitue un empêchement au mariage jusqu'au septième degré, tout comme la parenté naturelle. A la même conclusion est arrivé également le synode tenu sous Nicolas, patriarche de Constantinople. (V. Balsam. Rép. à Marc Alex. interrog. 43) (Migne, P. G. CXXXVIII. 993).

Le principe a été également admis par la loi civile : Basiliques XXVIII, tit, 5, c. 10, décret 6.

Prenant connaissance du fait qu'un grand nombre de ceux qui ont reçu les enfants des fonts baptismaux épousent ensuite leurs commères, le 6^e

synode œcuménique blâme une pareille action et décide que les mariages conclus au mépris des dispositions prises seront dissous et les coupables soumis aux peines de la fornication.

Bien des personnes, qui cherchaient une cause de divorce, ont utilisé les dispositions du synode *in Trullo* : ils faisaient d'abord naître entre eux la parenté spirituelle, servant de parrain à leur propre enfant, et provoquaient ensuite la dissolution du mariage, conformément aux prescriptions du canon susmentionné.

Une Novelle des empereurs Léon IV le Chazare et Constantin VI mit fin à cet abus, en infligeant à l'époux, qui a provoqué la dissolution, des peines matérielles sensibles, l'exil de sept ans et l'interdiction de se remarier, tout en reconnaissant, d'accord avec l'Eglise, que la parenté spirituelle constitue une cause de divorce. (Synt. V. 241-247).

VI. — L'élévation à l'épiscopat.

Le 6^e synode œcuménique *in Trullo*, apprenant que de nombreux évêques, en Afrique et ailleurs, cohabitent avec leurs femmes, même après le sacre, interdit pour l'avenir, d'une manière absolue, cette pratique (can. 12).

Le synode déclare qu'il ne veut abolir ce qui a été antérieurement décidé à ce sujet, mais il se voit bien dans l'obligation de prendre cette mesure dans l'intérêt de l'Eglise, afin que le clergé ne s'attire pas l'opprobre des fidèles, et il se réfère à I. Cor. X. 31, 33 et I. Cor. IV. 16.

Enfin il décide que les évêques, qui ne se conformeront pas à ces décisions, seront déposés. Cette décision est tout à fait en accord avec le droit de Justinien, qui a interdit à l'évêque d'avoir une femme quelconque ou d'habiter avec elle, sous peine de déposition de l'épiscopat, parce qu'il s'est rendu

lui-même indigne du sacerdoce. (Nov. 123, cap. 29 ; Basil. lib. III, tit. I. c. 45).

Les canonistes expliquent qu'il n'y a pas de contradiction entre le c. 5 apostolique qui interdit aux évêques, prêtres et diacres de renvoyer leurs femmes sous prétexte de religion, et le c. 12 du synode *in Trullo*, qui ordonne aux évêques de se séparer d'avec leurs épouses.

Le canon 5 apost. s'explique, disent-ils, par l'obligation, dans laquelle se trouvait l'Eglise naissante, de ménager les coutumes des païens, qu'elle voulait convertir et auxquels elle ne pouvait pas dès le commencement imposer tous les degrés de la perfection chrétienne, car les prêtres des juifs étaient mariés et les sacrificateurs grecs également.

Mais plus tard, lorsque le culte chrétien se fut plus répandu dans le monde, on pouvait sans danger soumettre les évêques aux lois plus rigoureuses de la continence.

Le canon 12 du synode *in Trullo* apparaît donc comme un progrès dans l'ordre moral et comme une mesure prise dans l'intérêt supérieur de l'Eglise, qui a toujours considéré le célibat supérieur au mariage.

Le canon 48 du synode *in Trullo* fixe les conditions de ce divorce :

a) C'est un divorce par consentement mutuel dans un but de piété, seule espèce de divorce par consentement permis par la législation civile de Justinien.

b) C'est un divorce « *bona gratia* », qui n'entraîne aucune peine pécuniaire contre les ex-époux.

c) Le divorce ne peut avoir lieu qu'avec le consentement de la femme : son consentement est nécessaire.

d) C'est le sacre de l'évêque qui dissout le mariage.

e) Après le sacre, la femme recevra la tonsure et

séjournera dans un couvent loin de la résidence de son ancien époux.

f) Ce dernier pourvoira à l'entretien de son ancienne épouse, si elle ne dispose pas de moyens personnels. En tous cas, il est défendu à l'évêque d'aider son ancienne épouse, en aliénant les biens de l'Eglise ; si elle est pauvre, elle pourra toutefois être aidée sur les revenus épiscopaux.

Si la femme préfère le mariage, le sacre est rendu impossible.

Pourquoi, s'est-on posé la question, demande-t-on le consentement de la femme dans le cas d'élévation à l'épiscopat et non dans le cas d'entrée d'un des époux dans le monachisme ?

On demande le consentement de la femme dans le premier cas, parce que, après le sacre de son époux, elle est obligée d'embrasser la vie monacale. C'est une grave décision qu'elle prend, décision d'où peut résulter un grand préjudice pour elle, son consentement est donc nécessaire.

Il n'en est pas de même dans le deuxième cas : l'époux qui reste dans le monde a le droit de contracter un second mariage.

A l'objection que d'après les canons personne ne doit être forcé d'embrasser la vie monacale et cela d'autant plus que le canon 48 *in Trullo* ne parle pas de la tonsure, mais seulement de l'entrée au couvent, Balsamon répond que la pratique est pleinement justifiée, puisque la femme pouvait empêcher le sacre, en s'opposant au divorce. Mais, puisque par le consentement au sacre elle a préféré le divorce, par la tonsure, dit-il, elle sera obligée de parfaire la séparation, parce qu'on ne doit pas plaisanter là, où il n'y a pas à plaisanter (Migne, P.G. CXXXVII. 684).

D'ailleurs, c'est dans ce sens que s'est prononcé également le synode tenu à Constantinople, l'an 1186, sous l'empereur Isaac II l'Ange, synode auquel ont participé, outre les trois patriarches de Constanti-

nople, d'Antioche et de Jérusalem, 40 évêques et métropolitains. Une femme, qui a consenti au sacre de son époux, est considérée avoir embrassé la vie monacale sans contrainte, de bon gré, à la suite d'une longue réflexion.

Des derniers mots du can. 48 *in Trullo* — « qu'elle pourra être promue même au grade de diaconesse » — quelques-uns avaient tiré la conclusion que la femme de l'époux devenu évêque devrait séjourner au couvent en habit laïque, parce que ce seraient seulement les femmes laïques qui pourraient devenir diaconesses. A cela on a répondu qu'il n'est pas exact que ce soit seulement les femmes laïques qui puissent devenir des diaconesses, mais aussi les religieuses.

En outre, si la femme séjournait au couvent en habit laïque, ce fait éveillerait des soupçons quant à sa conduite : on pourrait dire qu'elle intentionne un second mariage ou qu'elle entretient des relations illicites avec son ancien époux.

Des textes anciens interdisaient l'accession à l'épiscopat aux personnes ayant femmes et enfants légitimes : l. 42, § I, Cod. *de episcopis*, *Novella* 123, cap. I et Nov. 137, cap. 2. Il est à noter que ces dispositions n'ont pas été reproduites par les Basiliques, et en plus, qu'elles ont été formellement abolies par la Novelle 2 de Léon le Philosophe.

On s'est posé enfin la question suivante : un prêtre, un diacre, un anagnoste marié embrasse la vie monacale et est tondu, mais sa femme reste dans le monde, ce qui lui est permis, comme nous l'avons déjà montré. Est-ce que le tondu pourra dans la suite être promu à l'épiscopat, même si sa femme ne veut pas embrasser la vie monacale ?

A cette question, Jean, évêque de Citros, répond que le divorce pour cause d'entrée dans les ordres monastiques est une action légitime et non réprobable. Par conséquent le tondu pourra être promu

à la plus haute dignité ecclésiastique, si ses mérites l'y recommandent.

Dans cette réponse, Jean de Citros s'appuie sur le can. 8 du synode de Néo-Césarée, qui prescrit que le prêtre, dont la femme a été convaincue d'adultère, conservera le sacerdoce, s'il la renvoie. Si un pareil prêtre conserve le sacerdoce après avoir expulsé la femme coupable, à plus forte raison, s'exprime-t-il, un mari divorcé d'avec sa femme pour une « bonne cause » sera digne d'obtenir la fonction sacerdotale et pontificale⁽¹⁾.

V. — L'entrée dans les ordres monastiques.

Les textes fondamentaux dans cette matière sont : la Nouvelle 22, cap. 5, la Nov. 117, cap. 10 et la Nov. 123 *De episcopis, clericis et monachis*.

De ces textes et des commentaires, dont ils ont été l'objet, résultent les principes suivants :

1) Le divorce est permis pour cause de piété, lorsque l'un des époux a choisi la voie meilleure de la chasteté, en faisant les vœux.

2) Quoique la Nov. 117, cap. 10 appelle cette sorte de dissolution du mariage un divorce « *ex consensu* », la grande majorité des canonistes enseignent que la tonsure peut avoir lieu, même sans le consentement de l'autre époux⁽²⁾. Toutefois, le divorce est appelé « *bona gratia* », c'est-à-dire qu'il n'entraîne aucune sorte de dommages pécuniaires pour les époux, étant donné le but sublime qu'ils ont en vue.

3) L'époux resté dans le monde peut contracter un second mariage et c'est justement pour cette raison là que les canonistes expriment l'opinion, que le

(1) Migne, P.G. CXIX. 963.

(2) Blastares, dans Migne, P.G. CXLIV. 1182. Voyez en sens contraire, Zhishman op. c. p. 733, qui s'appuie notamment sur Saint Basile, *De instit. monach.* t. II. 551. Quaest. 12, éd. Paris 1638.

divorce peut avoir lieu même sans le consentement de l'un des époux.

Mais la femme du mari élu évêque n'a pas ce droit ; au contraire, elle est obligée d'embrasser la vie monacale, et c'est pour cela que le consentement de la femme est nécessaire dans ce dernier cas, pour qu'on puisse procéder au sacre de la personne élevée à la dignité d'évêque.

4) Le mariage est dissous sans répudiation, c'est-à-dire sans sentence judiciaire. Toutefois, la dissolution n'a lieu qu'après l'expiration du délai de 3 ans, le délai du noviciat prévu par la Nov. 123, cap. 35 et par le canon 5 du deuxième synode de Constantinople, délai au bout duquel l'époux respectif revêt réellement l'habit monacal.

5) Si c'est le mari seul qui a choisi la vie monacale, il doit restituer à la femme, non seulement la dot et tout ce qu'il a reçu en outre, mais aussi ce qu'il lui a promis en cas de mort ; en effet, l'époux qui entre dans les ordres monastiques doit être considéré mort pour son conjoint. Cette dernière partie sera prélevée sur la donation « *propter nuptias* ».

Si c'est la femme qui est entrée dans le couvent, le mari gardera la donation nuptiale et recevra également ce que la femme lui aura promis en cas de prédécès. Les autres biens seront restitués à la femme.

Si les deux époux embrassent en même temps la vie monacale, les instruments dotaux deviennent caducs, et chaque époux reçoit les biens qui lui avaient appartenu avant le mariage, à moins qu'ils ne veuillent réciproquement se faire des donations et concessions.

6) Il est permis aux deux époux de revenir sur leur décision et de reprendre la vie commune sans se rendre passibles d'aucune peine, sous la condition que cela ait lieu avant leur entrée au monastère.

Si un seul époux revient sur le consentement don-

né, l'autre persistant dans la décision prise, c'est le premier seul qui subira les peines prévues.

7) Le mariage de celui qui a abandonné la vie monastique doit être dissous, étant considéré comme adultère. Ceux qui y ont donné le consentement ou qui en ont eu connaissance, seront punis (*Peira* 25, 38).

§ 2. — *Les causes de divorce établies par la législation civile et acceptées par l'Eglise.*

I. — **La haute trahison.**

« *Lex majestatis similis est legi de sacrilegio* » s'exprimait la loi romaine (L. I. pr. D. XLVIII. 4). Les commentateurs trouvaient que l'assimilation était justifiée, bien que la loi n'infligeât pas les mêmes peines aux sacrilèges qu'à ceux qui se rendaient coupables de haute trahison, parce que, disaient-ils, les uns et les autres pèchent contre l'ordre de Dieu et contre la piété et parce que les choses publiques peuvent être comparées aux choses divines.

La gravité en était tellement considérable que le crime ne s'éteignait pas même par la mort de l'accusé (L. II. D. XLVIII. 4). L'action pouvait être intentée, même après la mort, les biens de l'accusé étaient confisqués, sa mémoire condamnée, parce que par cela même qu'on en a conçu l'idée, on devient punissable. Celui qui se rendait coupable du crime de haute trahison ne pouvait plus vendre, aliéner ou recevoir valablement.

Le christianisme a fait un devoir aux citoyens « d'honorer le roi » (I Petri, 11, 17) et de prier pour les rois et ceux qui sont dans les dignités, même s'ils sont des infidèles (I. Tim. II. 2).

De même, le canon 18 du synode de Chalcédoine, 53 de Carthage et 34 du synode *in Trullo* infligent des peines sévères à ceux qui se rendent coupables

du crime contre l'Etat, de quelque manière qu'il se produise, et de rébellion contre les autorités civiles et ecclésiastiques.

A cause de la gravité de ce crime, l'Eglise a accepté la haute trahison comme cause de divorce.

D'ailleurs, parmi les causes de divorce, elle est citée la première.

Le mari peut répudier sa femme si cette dernière a eu connaissance de la trahison préparée contre le prince et ne l'a pas dit à son mari. Mais si le mari sait ce que la femme lui a dénoncé, cette dernière a le droit de porter le fait à la connaissance du prince par n'importe quel moyen, pour que le mari n'y trouve pas un prétexte de dissoudre le mariage (Nov. 117, cap. 8).

La femme à son tour a le droit de répudier le mari s'il a préparé une trahison contre l'empereur, ou si, en ayant eu connaissance, il ne l'a pas fait connaître à l'empereur (Nov. 117, cap. 9).

Dans le premier cas, le mari obtient la dot de sa femme coupable, la propriété en étant réservée aux enfants ; s'il n'y a pas d'enfants, le mari en obtiendra la propriété même.

Dans le second cas, la femme obtient outre sa dot, la donation « *propter nuptias* ». La propriété de cette donation est réservée aux enfants, s'il y en a ; faute d'enfants, la femme en aura la pleine et entière propriété.

II. — L'absence prolongée.

En conformité avec le can. 31 de Saint Basile, la femme dont le mari est parti en voyage et qui sans attendre le retour de ce dernier, et sans avoir pris des renseignements certains sur la mort de son mari, en épouse un autre, se rend coupable d'adultère. La justification de cette disposition réside dans la considération qu'une pareille femme n'a pas de raisons suffisantes pour contracter un second mariage.

Dans le canon 36, le même Père décide que les femmes des soldats partis en campagne et qui se remarient sans attendre le retour de leurs époux se rendent coupables du même crime que les femmes, dont les maris sont partis en voyage, et qui se remarient sans attendre leur retour. Mais dans le cas des maris partis en campagne, les femmes méritent plus d'indulgence, la probabilité de mort de leurs maris étant plus grande, à cause des dangers de toute sorte auxquels ils sont exposés.

Enfin, le canon 46 de Saint Basile prévoit l'hypothèse d'une femme qui a épousé un mari temporairement abandonné par son épouse. Mais cette dernière revient et le mari se sépare de la première. D'après Saint Basile, la femme séparée de cette façon a commis un adultère, quoique par imprudence, à cause de l'ignorance dans laquelle elle se trouvait. Une pareille femme ne peut pas perdre le droit de contracter un second mariage, bien qu'il soit mieux qu'elle reste non mariée, car il n'est pas convenable qu'elle habite avec un autre mari, tandis que, il y a peu de temps, elle était connue comme la femme d'un autre. En mariage, ajoute **Blastares**, suivant en cela les lois civiles, nous devons considérer non seulement ce qui est permis, mais aussi ce qui est honnête⁽¹⁾.

On s'est demandé s'il n'y avait pas une contradiction entre les canons 9 et 46 de Saint Basile.

Le canon 9 dit que la femme qui abandonne son mari et en épouse un autre est adultère, mais le mari abandonné n'est pas coupable et la femme qui habite avec lui ne sera pas condamnée. D'autre part, le can. 46, prescrit que la femme, qui a épousé l'homme abandonné temporairement et qui est renvoyée quand l'épouse légitime réintègre le domicile conjugal, se rend coupable de fornication, mais par ignorance.

(1) Migne, P.G. CXLIV. 1198.

D'après Zonaras⁽¹⁾, le can. 9 vise le cas du mari définitivement abandonné par sa femme, partie sans esprit de retour, tandis que le canon 46 vise le cas du mari abandonné temporairement par sa femme, à cause de la mauvaise humeur de son mari. Si la femme qui a contracté mariage avec le mari abandonné temporairement a connu cette circonstance là, elle sera adultère, parce que, d'après le canon 9, elle a pris le mari d'une autre femme. Mais si elle n'a pas connu la situation du mari et dans cette ignorance l'a épousé, elle sera coupable de fornication, mais par ignorance. Saint Basile l'appelle fornicatrice, parce que le premier mariage n'était pas dissous. C'est parce qu'elle n'a pas été renvoyée par un mari légitime qu'on lui permet le second mariage, d'autant plus qu'elle a été de bonne foi, croyant contracter un mariage légitime. Si elle était renvoyée par son mari légitime, elle ne pourrait pas contracter un second mariage, conformément au canon 9 de Saint Basile.

Le mari qui savait que son épouse l'avait quitté pour peu de temps et qui, cependant a contracté une seconde union, dissoute au retour de sa femme légitime, sera coupable de fornication, la seconde union ne pouvant être considérée comme mariage légitime.

Les dispositions des canons de Saint Basile sont textuellement reproduites par le can. 93 du synode *in Trullo*, qui ajoute une dernière prescription : le soldat qui après de longues années passées en campagne revient et trouve sa femme mariée avec un autre, peut, s'il veut, reprendre son ancienne épouse ; on pardonne à tous les deux, tant à la femme qu'à son second mari, à cause de l'ignorance dans laquelle ils se trouvaient.

Si la femme ne veut pas reprendre son mari, on ne lui permettra pas de continuer le mariage avec le

(1) Migne, CXXXVIII. 724.

second mari. Ce mariage devra être dissous et la femme considérée adultère, car les Pères de l'Eglise n'accordent le pardon qu'aux femmes qui se dégagent promptement des liens du second mariage et qui n'approuvent pas le péché commis par ignorance, et non à celles qui persistent dans l'adultère.

Aucun canon n'a fixé le laps de temps pendant lequel les femmes doivent attendre le retour de leurs maris ; la pratique ecclésiastique a fini par s'arrêter au délai de cinq ans. Voilà comment répond Manuel Charitopuli à une question qui lui a été posée à ce sujet : Ceux qui pour une raison quelconque ont quitté leurs femmes et séjournent ailleurs, méritent l'excommunication, s'ils persistent dans leur décision et ne veulent pas revenir auprès de leurs femmes. Si on ne sait pas où ils se trouvent et si des recherches ont été faites à la diligence de la femme, après l'expiration du délai de 5 ans, calculé à partir de la disparition, de quelque façon qu'elle se soit produite (captivité ou autrement), les femmes peuvent contracter des nouveaux mariages (Migne, P.G. CXIX. 810).

D'après les canonistes orthodoxes les plus autorisés, il n'y a pas de contradiction entre les canons cités plus haut et les lois civiles, tout au moins en ce qui concerne l'absence d'un non-militaire. En effet, l'ancienne règle, d'après laquelle les femmes qui, induites en erreur par de fausses nouvelles, se remariaient sans attendre le retour du mari, ne doivent être punies (Dig. XXXXVIII. 5. 11-12 ; Basil LX. 37. 13) a été abolie par des dispositions ultérieures, de telle façon que l'époux abandonné doit présenter des preuves certaines sur la mort du conjoint parti en voyage. S'il se remarie sans faire cette preuve, il se rend coupable d'adultère et par conséquent des peines que celui-ci entraîne.

Il n'en est pas de même dans la question de l'absence d'un militaire.

Le canon 36 de St. Basile et après lui le canon 93 du synode *in Trullo* sont indulgents envers les femmes des militaires qui se remarient avant le retour de leurs époux, à cause de la grande probabilité de mort de ces derniers.

Mais la Novelle 117 cap. 11, reproduite par toutes les collections byzantines, dispose que la femme d'un soldat doit attendre à l'infini, même si elle ne reçoit aucune sorte de nouvelles de la part de son mari.

Mais, même si elle a appris que son mari est mort, elle ne pourra pas convoler en secondes noces avant d'avoir interrogé, personnellement ou par l'intermédiaire d'autres personnes dignes de foi, les chefs et les archivistes de l'unité dans laquelle il faisait son service. Les chefs militaires lui délivreront un acte de décès du mari, dont la véracité devra être confirmée par serment sur les saints Evangiles. Après l'obtention de cet acte, la femme devra attendre encore un an, et c'est seulement à l'expiration de ce délai qu'elle pourra légitimement contracter un second mariage. Si toutefois elle s'est remariée contre les prescriptions de la Novelle 117, elle et son conjoint se rendent coupables d'adultère.

Enfin la Novelle inflige des peines à ceux qui ont apporté de faux témoignages et décide que le militaire revenu pourra, s'il le veut, reprendre son ancienne épouse, disposition que l'Eglise orthodoxe a étendue également à l'époux n'appartenant pas à l'état militaire.

En présence de ces textes, les canonistes n'hésitent pas à donner préférence à la Novelle 117, en soutenant que la femme qui se remarie, au mépris des dispositions contenues dans cette Novelle, ne mérite pas le pardon, de même que celles, qui respectent ces prescriptions, ne doivent pas être blâmées (Migne, P.G. CXXXVII. 835).

III. — L'impuissance.

La Novelle 22 cap. 6 et après elle toutes les collections de lois civiles byzantines considèrent l'impuissance une cause nécessaire et rationnelle de divorce.

Le Codex avait accordé à la femme et à ses parents le droit de répudier son mari, si pendant 2 ans, à partir de la conclusion du mariage, il s'était avéré incapable d'accomplir le devoir conjugal. (L. 10 C. V. 17).

La Novelle 22 cap. 6 reproduit les dispositions du Codex avec une petite modification en ce qui concerne le temps d'épreuve du mari, qui sera dorénavant de trois ans. Elle justifie cette mesure par la constatation faite depuis, que des maris qui ont été impuissants pendant un laps de temps plus long que celui de deux ans, se sont par la suite montrés capables d'accomplir le devoir conjugal et de procréer.

La Novelle 117 cap. XII se borne à citer l'impuissance parmi les causes qui dissolvent le mariage « *bona gratia* », sans peines. Pour le reste elle se réfère aux dispositions antérieures.

Ces dispositions se ramènent aux points suivants :

1) Il faut qu'un laps de 3 ans continus se soit écoulé depuis la conclusion du mariage.

2) Il faut que l'impuissance résulte d'une faiblesse naturelle, antérieure au mariage. Cela exclut l'impuissance accidentelle ou postérieure au mariage.

3) Il faut que l'impuissance soit prouvée. Cela aura lieu devant le tribunal et la dissolution sera prononcée judiciairement.

4) L'action appartient à la femme et aux parents de celle-ci, qui peuvent l'exercer même contre la volonté du mari.

5) Quant aux biens, la femme reprend sa dot,

mais la donation « *ante nuptias* » ou « *propter nuptias* » reste au mari, qui ne perd rien de ses biens.

Les dispositions précédentes ont été acceptées par l'Eglise et elles se trouvent reproduites dans toutes les collections canoniques et civiles de l'Orient orthodoxe.

§ 3. — *Les causes de divorce établies par la législation civile et non acceptées par l'Eglise.*

I. — **La folie.**

D'après les anciens jurisconsultes, la folie constituait un empêchement aux fiançailles, mais, survenue après, elle ne les dissolvait pas (L. 8. D. XXIII. 1).

Il en était de même du mariage : la folie n'en permettait pas la conclusion, puisque pour la validité du mariage le consentement était nécessaire, mais elle ne dissolvait pas un mariage valablement conclu (L. 8. pr. D. I. 6 ; L. 16, § 2. XXIII. 2 ; L. 4. D. XXIII. 2).

Enfin le Digeste XXIII. 3. 1. 22, §§ 7 et 8, distingue entre la folie supportable et la folie insupportable.

Si la folie est supportable, la personne en possession de ses facultés mentales, le mari ou la femme, qui envoie le *repudium*, doit savoir qu'elle sera considérée coupable de la dissolution du mariage et par conséquent passible des peines infligées à ceux qui divorcent témérairement. Car, se demande-t-on, qu'y-a-t-il de plus humain pour le mari et pour la femme que de rester unis dans des cas fortuits ?

Mais, si la folie est incurable et furieuse de telle manière qu'elle inspire terreur à l'autre partie, il est permis à cette dernière de répudier son conjoint fou. Dans ce cas, la dissolution se produisait « *bona gratia* », sans aucun dommage pécuniaire pour les époux.

Le texte précité prévoit enfin l'hypothèse d'un

mari qui ne veut pas divorcer d'avec sa femme atteinte de folie et qu'il néglige dans son malheur, tout en conservant sa dot. Dans ce cas, le curateur de la femme et ses parents ont le droit de s'adresser au juge qui prendra des mesures coercitives contre le mari. Si celui-ci continuait à abuser de la dot de sa femme, sans lui prodiguer les soins dont elle a besoin, les biens de la femme seront confiés au séquestre qui en aura l'administration.

Les Nouvelles 22 et 117 de Justinien ne comptent ni l'une ni l'autre la folie parmi les causes de dissolution du mariage.

Léon le Philosophe trouve cette disposition trop dure ; obliger le mari à vivre avec la femme atteinte de folie serait contraire à la raison : pour le mari cela équivaldrait à être condamné à vivre toute sa vie avec un animal sauvage. Un pareil mariage ne correspondrait plus à l'intention du Créateur. N'est indissoluble que le mariage qui offre aux époux toutes les satisfactions et toutes les joies auxquelles ils ont droit d'après la loi de la nature.

Pour ces considérations, Léon le Philosophe décide qu'après trois ans un pareil mariage peut être dissous, le mari étant enfin délivré d'une grande « calamité ». La dissolution ne devrait avoir lieu qu'à une condition : que le mari ne soit ni directement, ni indirectement responsable de la maladie de sa femme.

Si le mari a été convaincu d'avoir provoqué la maladie de son épouse, il sera puni de l'exil forcé dans un monastère, étant privé du droit de se remarier et perdant en plus le droit d'administrer ses biens. Les complices, s'il en a eu, seront frappés des peines légales prévues.

Mais si le mari n'est en rien responsable de la maladie de sa femme, il n'encourra aucune peine et conservera à l'expiration du délai de 3 ans à partir

de la déclaration de la maladie, le droit de contracter un nouveau mariage.

Les parents ou les cousins de la femme sont considérés comme ses tuteurs naturels, à qui incombera la charge d'administrer ses biens.

Faute de parents, cette charge incombera à l'évêque, qui placera la femme dans un couvent. L'abesse du couvent aura soin des biens de la femme et du salut de son âme.

Les enfants seront confiés au père et ils succéderont à la mère, conformément aux lois (Nouvelle 111).

Se référant à l'ancienne règle, d'après laquelle la folie constituait un emppêchement au mariage mais non une cause de dissolution, Léon le Philosophe (la Nouvelle 112) avoue qu'il ne voit pas bien l'utilité de cette distinction, puisque la folie reste une calamité avant et après la conclusion du mariage. Si la loi empêche les citoyens de tomber dans le malheur, pourquoi, une fois victimes de la destinée, les laisserait-elle sans aucune aide ? Il admet la dissolution du mariage pour cause de folie, d'autant plus que la loi en a accordé la dissolution pour des causes, qui ne présentent pas la même gravité que la folie, à savoir la prodigalité du mari (Nov. 22, cap. 15) la diversité de religion, l'impuissance, la condition servile de l'un des époux, l'impossibilité de fournir tout ce qu'on a promis par les pactes nuptiaux ; ces causes là et d'autres pareilles, se demande Léon le Philosophe, peuvent-elles se comparer avec la calamité de la folie ?

C'est pour ces raisons qu'il décide que le mariage, dans le cas de folie du mari, pourra être dissous après l'expiration du délai de cinq ans ; la solution contraire serait trop dure et inhumaine.

La dissolution ne veut pas dire mépris de la bénédiction religieuse, car un pareil mariage ne correspond plus au but qui lui a été assigné par le Créateur, celui de propager le genre humain ; en effet,

la folie du mari rend impossibles les relations sexuelles et de plus, les enfants issus d'une pareille union seraient plutôt au préjudice du genre humain.

La dissolution a lieu dans ce cas sans aucune peine pécuniaire pour les époux (Novelle 112).

Photius (Nomoc. XIII. 30) soutient que les Nouvelles 111 et 112 de Léon le Philosophe n'ont jamais été mises en pratique, et qu'on a toujours continué à s'en tenir à la Novelle 22 cap. 15 et Nov. 117, cap. 8. 9 de Justinien, qui ne compte pas la folie parmi les causes de divorce.

Il est à remarquer que Timothée d'Alexandrie (can. 16) estime que le mari qui renvoie sa femme atteinte de folie et en épouse une autre commet un adultère (Nomoc. XIII. 30), mais il ajoute qu'il ne trouve rien autre chose à répondre.

De même l'*Ecloga* des empereurs Léon et Constantin décide que la folie de l'un des époux, survenant après la conclusion du mariage, ne dissout pas celui-ci ⁽¹⁾.

Du cas de folie, est à rapprocher la décision prise par l'Eglise de Constantinople, en cas d'épilepsie d'un des époux⁽²⁾. Cette décision pose le principe que le mariage est dissous, si l'épilepsie est antérieure à la bénédiction nuptiale, qu'au contraire, il resterait indissoluble, si la maladie survenait après sa conclusion.

Nous considérons cette décision comme une prescription locale, à laquelle, pour les raisons que nous avons indiquées dans l'introduction de notre étude, il manque le caractère de canonicité.

(1) *Leunclavius, Jus graeco-romanum* t. II. p. 107. En sens contraire, *Zhishman* op. c. p. 773, qui se fonde sur une Novelle de Nicéphore Botaniates, reproduisant les dispositions de Léon le Philosophe.

(2) La Règle de Math. Bassarab, p. 145.

II. — L'esclavage et la captivité.

La dissolution du mariage pour cause d'esclavage et de captivité trouvait sa justification dans la même considération : tous les deux entraînaient comme conséquence la « *capitis deminutio maxima* » assimilée à la mort naturelle. (L. 1. Dig. 24, 2).

A part ce trait commun, les deux causes de dissolution du mariage différaient entre elles par cela que l'esclavage avait une notion plus large, plus compréhensive que celle de la captivité. En effet, si la captivité formait la principale source de l'esclavage, elle n'en était cependant pas la seule : on devenait aussi esclave par la naissance et par suite de dispositions de la loi.

C'est pour cette raison que nous considérons l'esclavage et la captivité comme deux causes distinctes de divorce et nous allons traiter séparément de chacune d'elle.

A. — De l'assimilation à la mort résultait d'une façon logique la dissolution du mariage. Un certain nombre de légistes voient, toutefois, la justification de la dissolution dans l'inégalité de condition résultant de l'esclavage de l'un des époux.

L'égalité de condition des époux était un des principes du droit romain, en matière de mariage. A cause de l'inégalité de condition, le mariage entre l'affranchi et la patronne était interdit, un pareil mariage était nommé une « union odieuse » (L. 3 Cod. V. 4) et les enfants issus d'une union entre une femme libre et un esclave étaient considérés comme enfants illégitimes (L. 3 C. V. 18 ; Cf. Cod. Théod. XII. 1 § 6). Justinien confirme l'ancien droit, en l'améliorant légèrement par la disposition, que la servitude ne résultera plus de l'exécution de la condamnation « *in metallum* », si les époux avaient été de condition libre dès le début du mariage. (Nov. 22. c. 8).

Dans les chapitres suivants la Novelle 22 présente plusieurs hypothèses :

a) Les époux étant libres contractent mariage. Plus tard un des époux est réduit en esclavage : le mariage qui avait été validement conclu, est dissous, car l'esclavage survenant après le mariage, sépare les époux comme la mort.

Dans cette hypothèse, chacun des époux reprendra les biens propres. Les stipulations pour cas de prédécès seront respectées : les personnes restées en liberté recevront ce qu'on leur a promis (Nov. 22 cap. 9).

b) Une personne contracte mariage avec une autre personne qu'on croyait libre. Plus tard cette personne est déclarée avoir été esclave. Cette union n'est pas à dissoudre, parce que dès le début elle n'était pas un mariage, à cause de l'inégalité de condition des époux. C'était un mariage nul. Chaque époux revendiquera les biens propres. (Nov. 22, cap. 10).

Le maître qui frauduleusement a consenti au mariage de son esclave avec une personne libre, perd la propriété sur son esclave ; en outre, il n'aura plus le droit de dissoudre le mariage de son ancien esclave. (Nov. 22, cap. 11).

B. — La Novelle 117 ne cite pas l'esclavage parmi les causes de dissolution du mariage. Au contraire, elle mentionne la captivité parmi les causes qui dissolvent le mariage sans pénalités, et le fondement en est le même que dans le cas précédent, puisque les captifs étaient réduits en esclavage, qui détruisait l'égalité de condition requise dans le mariage. (Nov. 117, c. 12).

Quant aux conditions sous lesquelles la dissolution peut avoir lieu, la Novelle 117 se réfère aux dispositions prises antérieurement, c'est-à-dire à la Novelle 22. c. 7. (Basil. lib. XXVIII tit. 7, c. 5).

D'après cette Novelle qui reproduit les dispo-

sitions du Digeste XXVIII. 2. l. 6, la dissolution ne doit pas avoir lieu à la légère. Tant que la certitude sur la vie du mari ou de la femme tombés en captivité subsiste, le mariage est indissoluble et l'époux resté libre ne pourra pas contracter un second mariage. S'il passait outre, il deviendrait passible des peines : La femme perdrait la dot et le mari la donation « *ante nuptias* ».

Mais si on n'a pas la certitude que l'époux tombé en captivité vit encore, l'autre époux, le mari ou la femme indistinctement, devra attendre 5 ans. Ce délai expiré, l'époux non-captif peut sans danger contracter un nouveau mariage, sans tenir compte de la certitude ou de l'incertitude de la mort de l'époux tombé en captivité.

La dissolution a lieu de plein droit, sans divorce judiciaire, à l'expiration du délai de 5 ans et sans peine pécuniaire, chaque époux conservant ses biens propres.

Au retour du captif, le mariage pouvait être renouvelé du consentement des époux, sauf dans le cas où l'époux libre se fut marié à l'expiration du délai de 5 ans.

Cette législation est restée en vigueur jusqu'à la Novelle XXXIII de Léon le Philosophe, qui interdit aux épouses des captifs le second mariage, même après l'expiration du délai de 5 ans.

Parlant des dispositions du droit de Justinien qui permettait la dissolution du mariage en cas de captivité, soit de la femme soit du mari, Léon le Philosophe les trouve contraires à la raison.

Pour ce motif, il veut prendre des dispositions plus humanitaires et décide que l'époux resté en liberté devra attendre l'autre conjoint un temps indéterminé, et cela même dans le cas, où ce dernier ne donnerait pas signe de vie par écrit ou par un autre moyen. En outre, l'époux de retour conserve

toujours le droit de reprendre son ancien conjoint, s'il le veut.

Il trouve la justification de cette mesure dans les difficultés provoquées par le retour du captif, qui voudrait reprendre sa femme remariée : de même qu'en cas d'esclavage, l'époux esclave rendu à la liberté a le droit de reprendre son conjoint, car celui-ci avait fait dissoudre le mariage, en se fondant sur le changement intervenu dans l'état de l'autre partie, de même, en cas de captivité, dit Léon le Philosophe, l'époux ex-captif, recouvrant la liberté, recouvre en même temps l'égalité de condition requise dans le mariage et par conséquent le droit de reprendre son conjoint.

Dans ce cas, s'exprime Léon le Philosophe, il vaut mieux que le premier mariage ne soit pas dissous.

Cette Novelle abolissant le droit de Justinien, dans la matière qui nous préoccupe, a été acceptée dans les collections civiles et canoniques postérieures.

III. — **La lèpre.** — Comme cause de divorce la lèpre est empruntée au 5 Moïse, XXIV. 1. Elle n'est indiquée que par *l'Ecloga* de Léon III l'Isaurien (tit. 13) et par *l'Ecloga privata* qui se fonde sur la première. Elle n'est mentionnée par aucune autre source de droit, antérieure ou postérieure.

IV. — **La condamnation à la réclusion.** — Cette cause de divorce est établie par la législation civile moderne, qui permet à l'époux innocent de demander la dissolution du mariage (§ 115 c.c. autrichien, § 213 code civil roumain, § 94,3 code civil serbe, art. 45, tom. X de la collection russe).

V. — **L'antipathie invincible**, de même, n'est pas acceptée comme cause de divorce. Elle est citée comme telle par l'art. 115 du code civil autrichien de 1811 et par l'art. 214 du code civil roumain de 1864. Pourtant, cette cause de divorce n'est pas acceptée ni par le droit canonique de l'Eglise ortho-

doxe, ni par les autres codes contenant les causes de divorce pour les membres de cette Eglise. Il est vrai qu'une décision du synode de Constantinople, du mois de décembre 1315 (*Act. Patr. Const.* I. 28. 29), considère l'antipathie invincible comme cause de dissolution du mariage ; mais, d'après l'opinion des canonistes, cette décision n'est pas justifiée au point de vue du Droit.

VI. — Chez les Hébreux, l'absence de virginité était primitivement punie de la peine de mort, plus tard, elle ne constituait qu'une cause de répudiation (*Deut.* XXII. 20. 21, XXIV. I et suiv.).

Parmi les collections de droit byzantin, ce ne sont que les Basiliques qui s'en occupent (*lib.* LX, 37, *in fine*).

Romanus, interprétant la disposition empruntée au Prochiron XXXIX. 70, émet l'opinion que le mari a le droit de renvoyer sa fiancée trouvée deshonorée, à la condition qu'il fasse, le jour même du mariage, constater par les parents de la femme et par d'autres témoins l'état dans lequel il a trouvé sa fiancée. Mais s'il ne fait pas cela la nuit de noces même, ou s'il cache le fait, il n'aura plus le droit de renvoyer sa femme. Au cas contraire, il sera passible des peines infligées à ceux qui accusent leurs femmes d'adultère et ne le prouvent pas.

Mais si le jour du mariage il a prouvé que sa fiancée avait été deshonorée, le mariage sera dissous, mais la femme ne sera pas condamnée comme adultère, puisqu'elle a commis le péché avant le mariage.

Malgré ce commentaire, l'absence de virginité n'a pas été acceptée comme cause de divorce, mais elle peut entraîner la nullité du mariage, pour cause d'erreur essentielle (*Peira*, XLIX. 5 ; *Harménop.* IV. 15. 10).

Contrairement à la loi hébraïque, l'Eglise orthodoxe n'a jamais considéré la stérilité comme une cause de divorce.

CHAPITRE II

La procédure du divorce et le second mariage.

§ I. — La Procédure.

La plupart des règles de procédure, de même que celles qui concernent les effets matériels de la dissolution du mariage, sont empruntées, comme beaucoup de causes de divorce, au droit romain, en conformité avec le principe que dans les questions non résolues par les canons, on doit s'en tenir aux lois civiles.

Les règles que nous allons exposer et qui ont trait à l'exercice de l'action, à la procédure à l'audience et aux effets sur la personne des époux et des enfants, s'appliquent seulement au cas d'adultère, qui est la plus importante des causes de divorce, les particularités des autres causes de dissolution du mariage étant indiquées dans le chapitre précédent, où nous avons traité de chacune d'elles.

1) Et d'abord, pour divorcer, il faut une **juste cause**. Les lois anciennes et une longue coutume permettaient aux hommes de divorcer impunément. Le mari pouvait dire à sa femme : « *Uxor, tuas ipsa res tibi agito* » et cette dernière à son tour : « *Tuas, marito, res tibi agito* » (L. 2, § I. D. XXIV. 2).

De même d'après les lois hébraïques, le mari pouvait envoyer à sa femme les lettres de divorce, outre le cas d'adultère, pour une action honteuse quelconque, qui rendait la vie commune insupportable ou dangereuse (Deut. XXII. 20. 21, XXIV. 1 et suiv.).

Tout cela a été abrogé par la loi chrétienne. L'Eglise orthodoxe a adopté l'énumération limita-

tive des causes de divorce établies par la législation de Justinien et d'accord avec la Nouvelle 117, cap. 12 (Basiliques XXVIII. 7. 5) décide qu'il n'est pas permis de dissoudre le mariage en dehors de ces causes.

Ceux qui passeraient outre, se rendraient coupables du crime d'adultère et s'attireraient tant les peines canoniques que les peines civiles, que nous avons exposées plus haut (Can. 35 Saint Basile, c. 87 du synode *in Trullo*). En plus, la Nouvelle 134, cap. 11, reproduite dans les Basiliques XXVIII. 7. 6, prend à leur égard les mesures suivantes : Quiconque osera dissoudre le mariage en dehors des causes définies, y lisons-nous, sera dépossédé de ses biens, qui seront attribués aux enfants qu'il aurait eus du mariage illégalement dissous ou d'un autre mariage précédent. Tant le mari que la femme seront exilés à vie, chacun dans un monastère, auquel reviendront les quatre douzièmes de la fortune des époux : le mari n'aura même pas l'usufruit des biens attribués aux enfants. S'il n'y a pas de descendants, mais seulement des ascendants, ces derniers obtiendront le tiers des biens des époux, s'ils n'ont pas consenti à la grande impiété de la dissolution du mariage, les deux autres tiers revenant aux monastères dans lesquels ils seront exilés. S'il n'y a ni descendants ni ascendants, ou si ces derniers ont donné leur consentement à la dissolution du mariage, tous les biens seront attribués aux monastères dans lesquels ils séjourneront. Ceux qui auront prêté leur concours à la dissolution du mariage ou qui auront rédigé des actes illicites, seront passibles des peines corporelles et envoyés en exil. Les évêques veilleront à ce que les personnes respectives soient exilées dans les monastères et que ces derniers reçoivent les biens qui leur sont attribués.

2) Il faut une sentence **judiciaire**. D'après le droit mosaïque, l'épouse ne pouvait pas convoler en secondes noces sans l'acte de répudiation (Matth. V.

31). Les Talmuds nous en ont conservé le modèle, surchargé des observances minutieuses, qui y furent ajoutées avec le temps. Cet écrit est rédigé par un scribe, signé par des témoins et remis à la femme ou à son fondé de pouvoirs.

D'après le droit romain, le divorce n'était pas valable, si la formule n'était pas prononcée en présence de sept citoyens romains majeurs, parmi lesquels ne devait pas figurer l'affranchi de celui qui faisait le divorce (L. 9. D. XXIV. 2).

A leur tour, les canonistes insistent sur le principe que les époux ne peuvent pas se séparer arbitrairement, sans procès et sans sentence. « En aucun cas, s'exprime Balsamon, que ce soit pour une cause rationnelle ou non, la femme ne pourra se séparer d'avec son mari sans la permission du juge, comme cela est dit dans le canon 9 de Saint Basile et dans les diverses Nouvelles de Justinien, reproduites dans les Basiliques lib. XXVIII. tit. 7. Tout abandon du mari par la femme, sans permission du juge, est injuste et illégal »⁽¹⁾.

Pourtant, dans les Règlements juridiques de Basile le Loup, imprimés à Jassy, l'an 1664, de même que dans la Règle de Mathieu Bassarab publiée à Targoviste, l'an 1652, et qui n'est que la traduction du commentaire d'Aristène (12^e siècle), nous trouvons indiqués les cas, quand l'un des époux peut se séparer d'avec l'autre « par sa propre volonté et à l'insu du juge »⁽²⁾.

Le mari peut chasser de sa maison, par sa seule autorité et sans la permission du juge, la femme surprise en flagrant délit d'adultère, mais non en cas d'adultère qui a besoin d'être prouvé, même s'il existait un témoin digne de foi pour attester la culpabilité de la femme.

(1) Migne, P.G. CXXXVII. 809.

(2) La Règle de Mathieu Bassarab, ch. 183-187, pp. 121-124.

Si la femme fait des sortilèges qui peuvent nuire au mari, ce dernier doit se séparer par sa seule volonté, à l'insu du juge.

La femme peut se séparer seule, de sa propre initiative et sans l'intervention du juge, lorsque le mari l'a battue à tel point que si elle ne s'était pas enfuie, il l'aurait tuée, ou bien lorsqu'il l'a battue si gravement qu'elle ne pouvait plus parler pour formuler devant le juge ses griefs contre le mari ; mais si les coups n'ont pas atteint un pareil degré de cruauté, la femme ne pourra pas se séparer de sa seule volonté.

La femme pourra encore se séparer sans la décision du juge, si le mari la maltraite trop souvent et sans cause, de même qu'en cas d'adultère flagrant du mari, mais non en cas d'adultère qui a besoin d'être prouvé. Enfin, elle peut se séparer par sa seule volonté, lorsque le mari tombe dans l'hérésie ou lorsqu'il prépare des embûches contre la vie de sa femme.

Un quelconque des époux peut se séparer sans l'intervention du juge, si l'autre lui conseille des mauvaises actions.

Dans toutes ces hypothèses, il ne s'agit pas des divorces sans sentence judiciaire ; le contexte ne laisse place à aucun doute. Il s'agit uniquement des cas dans lesquels un époux peut chasser l'autre sans l'intervention du juge. Normalement, c'est le juge qui statue sur la séparation de fait des époux, en leur assignant des domiciles séparés, mais les cas mentionnés ont été jugés tellement graves, qu'on a permis à l'un des époux de chasser l'autre sans demander l'intervention du juge. La dissolution du mariage ne sera un fait accompli qu'après le jugement du tribunal ecclésiastique.

Cette manière de voir est corroborée par le fait qu'à diverses reprises les mêmes collections insis-

tent sur le principe qu'on ne peut pas se séparer sans la permission du juge.

Le mariage est une institution divine, est-il dit dans le ch. 213 de la Règle de Mathieu Bassarab, qui ordonne, en outre, que les dissolutions ne peuvent pas avoir lieu sans cause, ni obtenues par la corruption des juges. Celui qui, sans juste cause, dissoudrait un mariage, est nommé Antichrist et violeur de loi.

« Ni la femme ne peut se séparer d'avec son mari sans jugement, ni le mari d'avec sa femme », dit un peu plus loin le même législateur. C'est pour cette raison que celui qui épousera une femme mariée mais non divorcée judiciairement, est nommé adultère, bien que la femme ait donné cause de divorce ou que le mari ait eu motif plausible de la renvoyer, car les époux ne peuvent pas se séparer sans jugement et sans sentence de divorce. Il n'y a qu'une seule exception à cette règle, à savoir dans le cas où l'un des époux, le mari ou la femme, aurait embrassé la vie monacale, et cette exception est justifiée par l'excellence de la voie qu'ils ont choisie (ch. 216, § 3).

3) Le fait doit avoir été **prouvé**. Après avoir indiqué nommément les causes de divorce, la Nouvelle 117 c. 8 pr. § 1 et 2 continue en ces termes : « Si le mari croit pouvoir *convaincre* sa femme du crime d'adultère, il devra d'abord formuler l'accusation ; et si le crime d'adultère a été *prouvé d'une manière évidente*, les peines prévues par les lois seront alors infligées aux délinquants après l'envoi du *repudium* ».

Le même principe se trouve reproduit dans la Nouvelle 134, cap. 12.

Balsamon, faisant allusion aux lois qui exigent l'affirmation de 5 témoins pour condamner une femme, ajoute que d'après l'enseignement des Pères, la femme ne sera condamnée que si elle est convaincue

d'adultère, mais elle ne le sera pas si elle est simplement soupçonnée d'abouchement ou d'intimité avec une tierce personne. (Migne, P. G. CXXXVII. 1215).

4) **L'action** en divorce pour cause d'adultère se prescrit par 5 ans. Le droit de l'intenter n'appartient pas à toute personne et cela pour empêcher le premier venu de porter préjudice au mariage. L'action n'appartient qu'aux parents les plus proches, au grand-père, au père, au frère, à l'oncle paternel, à l'oncle maternel et surtout au mari. La loi leur recommande en outre, de n'agir qu'en cas de grande nécessité (Les Basiliques LX. 37. 68 ; Harménop. VI. I, § 3. 4). Toutefois, les parents ne peuvent dissoudre que le mariage de leur fille non émancipée et non celui de la fille émancipée (L. 5. C. V. 17).

5) **La procédure judiciaire.** — La compétence en matière matrimoniale appartient à l'évêque, qui exerce son pouvoir de juridiction à l'aide du consistoire ecclésiastique (synode diocésain).

La demande est introduite par l'époux innocent, le conjoint coupable n'ayant pas le droit de l'intenter, soit directement devant le consistoire, soit par l'intermédiaire du curé de la paroisse respective. Dans ce dernier cas, le curé, de sa propre initiative, sur l'ordre du consistoire dans le premier cas, a l'obligation de réconcilier les époux, en faisant usage dans l'accomplissement de sa tâche des instructions, exhortations et représentations convenables. Ces tentatives de réconciliation doivent être faites par le curé à trois reprises pendant le délai prévu par la loi. Si ces tentatives échouent, le curé envoie les époux devant l'archiprêtre de l'arrondissement, en le mettant, par écrit, au courant des mesures prises. Si à son tour l'archiprêtre ne réussit pas à réconcilier les époux, l'affaire sera portée devant le consistoire ; la tentative faite par ce dernier restant tout aussi infructueuse, on passe aux débats du procès.

Le défendeur doit répondre aux accusations portées contre lui par le demandeur ; il aura de même à répondre aux nouvelles objections éventuelles de ce dernier. La procédure contradictoire continue jusqu'à ce que le tribunal considère comme suffisante l'audition de la partie contre laquelle on plaide. Les chefs d'accusation, les plaidoiries et les moyens de défense sont examinés scrupuleusement par le tribunal qui, à cet effet, cite devant lui les témoins et les personnes connaissant les circonstances de la cause.

Après la prestation du serment, les témoins domiciliés dans la localité sont interrogés par le consistoire ; les témoins domiciliés dans d'autres localités sont interrogés par le tribunal ecclésiastique compétent ou à son défaut par le tribunal civil.

L'aveu, qui a une grande importance devant les tribunaux civils, n'est pas pris en considération dans les procès matrimoniaux, s'il n'est pas corroboré par des preuves. La conviction du consistoire faite, on communique encore une fois aux parties le résultat des investigations et puis on rend la sentence. La partie, qui se croit lésée, a pendant un certain délai le droit d'interjeter appel devant l'instance supérieure (le consistoire d'appel). Le délai passé, le droit d'appel est perdu et la sentence devient définitive⁽¹⁾.

Voici un formulaire de divorce pour cause d'adultère :

— « Devant le Tribunal formé par Notre Humilité et par nos clercs honorés, s'est présenté..... portant accusation d'adultère contre sa femme....., qui renonçant à toute sagesse a souillé sa pureté par des

(1) Comp. la section II du système consistorial dans l'archevêché de Carlowitz, les §§ 127, 174 de la loi sur les autorités ecclésiastiques en Serbie, les art. 205, 275 du statut consistorial de 1883 pour la Russie, les art. 13, 63, 73, 84, 119, 131, 187 du statut exarchal bulgare,

relations adultères, à plusieurs reprises, en des temps et lieux différents. Ces accusations ont été confirmées par les témoins....., qui ont déposé en notre présence.

Pour ces raisons, le plaignant..... nous a demandé à être divorcé d'avec sa femme et de lui délivrer en même temps la sentence de divorce, pour qu'il puisse épouser une autre femme, conformément aux lois.

Prenant donc en considération les lois divines et les dépositions des témoins dignes de foi nommés plus haut, Notre Humilité ordonne, avec l'assistance du Saint-Esprit, que ce mariage soit rompu et dissous ; que le mari..... soit dorénavant séparé d'avec sa femme et étranger à elle, de même que cette dernière à lui, et accordons au mari susnommé le droit et la faculté d'épouser une autre femme.

Pour la preuve et la confirmation de ce qui précède, il a été rédigé et inscrit dans ce registre sacré, le présent acte de divorce. (la date et le lieu)⁽¹⁾ ».

La dissolution accomplie sans l'observance des règles ci-dessus indiquées est dépourvue d'effet légal et le second mariage contracté par les époux divorcés est nul de plein droit ; mais celui-ci sera valable si la dissolution, quoique non fondée en droit, a été prononcée par l'autorité compétente avec le respect des formes légales (Cod. monac. fol. 196 b, 197 b).

6) **Quelques règles concernant les biens.** — Dans le chapitre précédent, où nous avons traité de chacune des causes de divorce, nous avons exposé les peines pécuniaires infligées à l'époux coupable. Il ne nous reste qu'à indiquer les précautions prises pour sauvegarder les droits de ceux qui ont doté les époux.

Ces règles, que nous trouvons dans les Basiliques XXVIII. 7, sont empruntées au droit romain.

La loi 3 C. V. 17 pose le principe que la ruse de la femme ne peut nuire à celui qui l'a dotée. L'hypo-

(1) Pravila lui Math. Bassarab. p. 228.

thèse prévue est la suivante : Puisque, d'après la loi, le constituant de la dot a le droit d'en demander la restitution en cas de prédécès de la dotée, grand nombre de femmes recouraient à un détour pour déposséder le constituant de son droit de répétition : elles envoyaient des lettres de divorce, sans juste cause, à leurs maris ; ces derniers acquéraient les dots et ensuite les femmes se remariaient avec leurs anciens maris.

La loi 3 précitée décide que cette fraude ne préjudicierait pas au tiers constituant : la dot lui sera restituée par les soins du gouverneur de la province (Cf. L. 42, § 3. D. XXIV. 3).

Nous trouvons le même principe dans la loi 12 C. V. 17, où il est dit que les fils ou les filles, émancipés ou non, ne peuvent pas, par la dissolution de leur mariage, porter préjudice aux parents qui leur ont constitué les dots. De même que les enfants ne peuvent pas se marier sans le consentement des parents, de même ils ne doivent dissoudre le mariage contre la volonté des parents. S'ils passent outre, les parents conservent le droit de reprendre la dot et les biens par eux donnés.

Justinien prend également des mesures en faveur de la femme indotée et répudiée sans raison ou divorcée pour une cause imputable au mari. Dans ce cas, la femme obtiendra le quart des biens du mari, portion qui ne pourra pas excéder 100 livres d'or. Une mesure semblable est prise en faveur des femmes divorcées « *bona gratia* » pour une cause légale prévue dans les constitutions antérieures (Cod. V. 17. 11).

Enfin, les donations et tout autre acte de disposition faits entre époux pendant le mariage tombent. A peine peut-il être question de succession légale entre les époux divorcés, puisque la raison en a disparu,

7) **Les effets du divorce sur les enfants issus du mariage.** — Le texte fondamental en cette matière est la Novelle 117, cap. 7. Les règles posées par cette Novelle et acceptées par la législation byzantine et les canonistes sont les suivantes : (Basil. XXXI. 6. 13) :

a) La dissolution du mariage ne peut en aucun cas nuire aux enfants issus de ce mariage : ils seront appelés à succéder à leurs parents, et en attendant la succession, ils seront élevés aux frais du père.

b) Si le divorce a été prononcé contre le père et si la mère n'a pas convolé en secondes noces, cette dernière aura la garde des enfants, le père étant obligé à verser l'argent nécessaire à leur entretien.

c) Si la mère a été déclarée coupable, les enfants habiteront avec leur père.

d) Mais si le père est pauvre et la mère riche, les enfants resteront auprès de cette dernière, qui les élèvera à ses frais car, ajoute la Novelle, de même que les enfants riches sont obligés d'entretenir leur mère pauvre, de même il est juste que la mère riche nourrisse ses enfants pauvres.

La Novelle généralise enfin ce principe, en l'appliquant à tous les ascendants et descendants des deux sexes.

§ 2. — Le second mariage.

A. — La loi romaine était sévère, nous l'avons vu, contre les personnes qui se rendaient coupables du crime d'adultère.

Celui qui avait surpris sa femme en délit d'adultère et qui lui pardonnait ce crime, était puni comme proxénète (L. 29. pr. D. XLVIII. 5). La législation byzantine fait preuve de la même sévérité : le mari qui a connu et pardonné l'adultère de sa femme, sera fustigé et exilé, lisons-nous dans le Prochiron XXXIX. 64.

D'autre part, celui qui épousait la femme condamnée pour adultère, se rendait coupable du crime

d'adultère, crime qui ne s'éteignait pas par le mariage subséquent (L. 27. C. IX. 9). Le mariage de l'homme adultère avec sa complice était nul, quoique la femme ne fût pas condamnée. L'héritage, que les personnes adultères se sont laissé réciproquement, était confisqué (Basil. LX. 37. I et 42. 13).

Nous trouvons des dispositions tout aussi rigoureuses dans le droit de Justinien. D'après la Nouvelle 134, cap. 12, le mariage contracté entre l'homme accusé d'adultère et la femme adultère est nul, même après la mort du mari de cette dernière. Un pareil mariage sera dissous et le mari subira les tortures et les peines prévues par les lois. La femme, après avoir été battue et tondue, sera exilée dans un couvent où elle restera toute sa vie. L'homme qui aura épousé une pareille femme ne sera plus puni comme adultère, mais comme corrupteur de religieuses.

Pourtant Justinien n'interdisait pas d'une manière absolue le second mariage.

Dans la Nouvelle 22, cap. 15, § 3 et 16 pr., reproduits par les Basiliques XXVIII. VII. 2, il distingue, selon que c'est l'un ou l'autre des conjoints qui a été reconnu coupable.

a) Si le mari a renvoyé sa femme pour une juste cause, la femme subira les peines infligées à l'époux coupable et en outre, elle ne pourra pas contracter un second mariage avant l'expiration du délai de 5 ans. Le mariage conclu par une femme avant l'expiration du délai mentionné sera considéré comme une action dirigée contre la loi et toute personne aura le droit de la dénoncer.

b) Mais si c'est le mari qui a été coupable, la femme ayant eu gain de cause, cette dernière obtiendra tous les avantages accordés par la loi, mais « qu'elle rougisso de passer en secondes nocces » avant l'expiration du délai d'un an, et cela pour éviter la confusion du sang. Cette prohibition

s'applique à la femme, et pour le même motif, même en cas de dissolution du mariage « *bona gratia* ».

Mais comme le danger de la confusion du sang n'existe pas pour le mari, la loi lui permet, qu'il ait été reconnu coupable ou non, de contracter sans délai un autre mariage. Cela résulte avec certitude du chap. 16 § pr.

Le canon 105 (102) du synode de Carthage est parmi les plus anciens textes chrétiens s'occupant du second mariage. Il interdit le second mariage aux divorcés, auxquels il ne reste que l'alternative de se réconcilier ou de rester non mariés. Cette disposition qui n'avait pas force de loi, — le synode exigeait une loi impériale qui obligeât tout le monde à agir de cette manière, — constitue une réaction contre l'arbitraire et la facilité des divorces.

Pour Balsamon, le canon 105 de Carthage était depuis longtemps tombé en désuétude, devenu même sans objet à la suite de la publication de la Nouvelle 117 de Justinien, qui fixe les causes de dissolution du mariage.

La doctrine qui résulte des canons et des interprétations des grands canonistes, dont l'opinion forme presque loi dans l'Eglise orthodoxe, peut être ramenée aux points suivants :

1) Le mari, qui renvoie sa femme et en épouse une autre, est adultère : un pareil mari ne peut conclure une seconde union. (Can. 48. apost. 9. 77. St. Basile, 87 *in Trullo*).

Les canonistes interprètent ces textes dans le sens qu'il s'agit là uniquement du mari qui renvoie sa femme « sans juste cause » ; un pareil mari ne peut contracter un second mariage, et s'il passait outre, il serait excommunié, tandis que quiconque renvoie sa femme pour une juste cause et en épouse une autre, n'est pas adultère.

2) Il en est de même de l'homme qui n'épouse pas

une femme libre, mais une femme « renvoyée » : il est adultère et l'union contractée n'est pas un mariage légitime. Mais ici les canonistes par le mot « renvoyée » entendent la femme qui ne s'est pas légalement séparée d'avec son mari : on peut donc valablement épouser une femme légalement divorcée, c'est-à-dire dans les conditions de la Novelle 117 de Justinien. (Migne, P.G. CXXXVII. 134).

3) Le mari abandonné pour juste cause ou non (c. 9 et 35 Saint Basile) mérite l'indulgence : il peut contracter un second mariage valable, sa deuxième épouse n'étant pas considérée adultère.

4) La femme renvoyée, que ce soit pour cause juste ou sans cause, d'après l'opinion de Saint Basile (can. 48) doit rester non mariée, à cause des termes généraux employés par le Seigneur.

Balsamon se pose enfin la question si l'homme adultère peut épouser la femme adultère, sa complice. Sa réponse est affirmative. Il développe cette idée dans le commentaire du canon 39 de St Basile, après avoir soutenu dans le commentaire du canon 37 du même Père, qu'en opposition avec les lois romaines l'homme adultère peut valablement contracter un second mariage, après s'être libéré des peines de l'adultère, prévues au canon 58 de Saint Basile.

Le canon 39 de Saint Basile a la teneur suivante : « La femme qui vit avec un homme adultère est tout le temps adultère ». Voici, d'après Balsamon, l'hypothèse envisagée dans ce canon : une femme adultère vit avec l'homme adultère ; il n'y a pas de doute que cette femme est coupable du crime d'adultère et donc punissable. Mais son mari meurt et elle veut se marier avec l'homme adultère. Ce mariage n'est pas possible tant que les personnes adultères vivent ensemble, car, pendant tout ce temps là, ils sont adultères et punissables, même si les 15 années de pénitence se furent plusieurs fois écoulées. Une per-

sonne n'est censée avoir fait pénitence et ne mérite le pardon que si elle s'est éloignée du mal ; les personnes, qui persistent dans le mal, sont tout ce temps là sous le coup de la loi pénale. La première condition pour les personnes adultères est donc de se séparer. De la doctrine de Balsamon, il résulte que l'homme adultère pourrait se marier avec la femme adultère, sa complice, après s'être séparé d'avec elle et après avoir fait la pénitence prescrite. Comme cette pénitence suppose une séparation complète de 15 ans des coupables, il est évident qu'un pareil mariage ne s'est jamais vu.

Que ce mariage soit possible après pénitence, résulte également de l'opposition que Balsamon constate entre la loi ecclésiastique et les lois civiles : « Mais les lois civiles, s'exprime-t-il, ne permettent d'aucune manière à la femme adultère de contracter mariage avec l'homme adultère » et ici il cite les lois romaines reproduites par les Basiliques et que nous avons exposées plus haut.

C'est un principe unanimement admis dans l'Eglise orthodoxe que la pénitence doit être jugée non tant d'après le nombre des années, mais plutôt d'après la componction de l'âme ; c'est pour cette raison que l'Eglise orthodoxe a toujours reconnu à l'évêque, le dispensateur des peines, le droit d'augmenter ou de réduire les années de pénitence selon les signes certains d'amélioration du pénitent (can. 4. Saint Grégoire de Nysse).

Usant de ce principe et pour éviter un mal plus grand, c'est-à-dire le concubinage, les différentes Eglises orthodoxes ont fini par permettre, après un temps de pénitence plus ou moins long, le second mariage, même à l'époux coupable d'adultère⁽¹⁾.

B. — En ce qui concerne le second mariage de

(1) Voy. par ex. l'ukase N° 1599 du synode russe du 18 mars 1904, de même que l'art. 20 du statut synodal de l'ancien état du Monténégro.

l'époux innocent, l'Eglise orthodoxe n'a pas rencontré de difficulté, puisqu'aucun des Pères des quatre premiers siècles chrétiens ne l'a condamné⁽¹⁾.

Seulement ce second mariage entraîne, comme tout second mariage en général, certaines déchéances : Celui qui se marie pour la deuxième fois, s'exprime Saint Nicéphore, patriarche de Constantinople, n'est pas couronné ; bien plus, il est puni de l'exclusion de la communion avec les saints Sacrements pendant deux ans et celui qui se marie pour la troisième fois, pendant 5 ans. En outre, le prêtre ne pourra pas participer aux réjouissances de noce et ceux qui ont contracté un second mariage ne pourront plus être ordonnés prêtres (Synt. ath. IV. 427. V. 441).

La question du second mariage ne présente pas de difficulté en ce qui concerne le renouvellement du mariage entre les anciens époux. Dans ce qui précède, nous nous sommes placés dans l'hypothèse du mariage d'un époux légalement divorcé, conclu avec une tierce personne.

Nous l'avons dit, l'Eglise orthodoxe recommande, à toute hauteur de la procédure, la réconciliation des époux, dans tous les cas, même en cas d'adultère, s'éloignant ainsi de l'ancienne rigueur des lois romaines (Nomoc. XIII. 2). Même après la dissolution du mariage pour cause d'adultère, elle voit avec sympathie la réconciliation des époux.

A la femme adultère, on accorde un délai de 2 ans pendant lequel elle peut séjourner au couvent, sans prendre le voile. Pendant ce temps là, le mari a la faculté de voir sa femme et de chercher par tous les moyens possibles, sauf la violence, de regagner l'ancienne affection. Les proches parents de la femme ne peuvent pas s'opposer à ce que le mari visite son ancienne épouse.

(1) Freisen op. c. 770-771.

Seulement à l'occasion du renouvellement du mariage, les anciens époux devront accomplir toutes les formalités requises pour la conclusion du premier mariage. Toutefois, en Serbie, conformément à la décision synodale N° 32 du 16 novembre 1899, il n'y a plus de nouvelles formalités à accomplir, quand les époux divorcés veulent reprendre la vie conjugale ; après la pénitence nécessaire, ils reçoivent simplement la bénédiction religieuse du prêtre de la paroisse respective⁽¹⁾.

C. — Certains canonistes et notamment Aristène admettent, dans certains cas, une *séparation temporaire*, qui dure jusqu'à l'amélioration de l'époux coupable⁽²⁾.

Cette séparation peut avoir lieu, lorsque l'un des époux s'est rendu coupable de vices contre nature, lorsque le mari opprime ses semblables par l'usure, et surtout en cas d'antipathie invincible, s'il y a danger de mort pour les époux.

De même l'art. 11 du statut synodal de Grèce admet une dissolution provisoire de la communauté extérieure de vie des époux, permise également dans le patriarcat de Constantinople par les art. 512, 517 de l'instruction judiciaire de 1899.

A l'objection que c'est une coutume occidentale, étrangère à l'Eglise orthodoxe, Théotoca répond ainsi : « Le divorce non formel en usage chez nous est quelque chose de provisoire, une norme préventive, tout à fait différente du divorce existant dans l'Eglise occidentale. Voici en quoi consiste cette norme : Si le tribunal ecclésiastique a essayé sans résultat tous les moyens possibles en vue de réconcilier les époux, il fixe, en attendant, un délai de 15 jours

(1) Pour l'archevêché de Carlowitz, voy. la décision synodale N° 7 du 29 sept. 1884, pour la Bulgarie, la décision N° 1661 du 1^{er} novembre 1897 et pour l'Autriche, art. 118 du Code civil.

(2) La Règle de Math. Bassarab, ch. 181, 183, 187.

pour faire une nouvelle tentative de réconciliation. Si ce délai passe également sans résultat, le tribunal ordonne le divorce provisoire pour 3, 6, 9 mois, au besoin jusqu'à 3 ans, fixe le domicile des époux et oblige le mari à verser annuellement une certaine somme pour l'entretien de la femme et des enfants » (Théotoca, p. 284, en note)⁽¹⁾.



⁽¹⁾ N. Milasch, op. c. p. 525, note 2.

TROISIEME PARTIE

CHAPITRE UNIQUE

Les divergences entre les lois civiles roumaines et les lois canoniques en matière de mariage.

La situation de l'Eglise orthodoxe en Roumanie ressemble, à plusieurs points de vue, à celle que l'Eglise catholique avait en France sous le régime concordataire. En effet, l'art. 22 de la Constitution de 1293 déclare que : « L'Eglise orthodoxe roumaine, étant la religion de la grande majorité des Roumains, est l'Eglise dominante dans l'Etat roumain ».

En se fondant sur ce texte et sur d'autres contenus dans des lois et règlements politico-ecclésiastiques, que nous allons indiquer plus loin, on serait tenté de croire que l'Eglise orthodoxe a une situation privilégiée au sein de l'Etat roumain. Mais il n'en est rien, et l'art. 22 de la Constitution roumaine, cité plus haut, mérite bien la qualification d'article stérile, que le pape Pie VII appliquait au préambule du Concordat de 1802. Il est vrai que la jurisprudence, se fondant sur les art. 209, 212 et 261 du Code pénal qui reproduisent les art. 260, 264 et 330 du Code pénal français, a rendu plusieurs décisions favorables à l'exercice de la religion dominante⁽¹⁾. Mais les articles sus-indiqués ne sont pas spéciaux

(1) Bulletin de la Cassation, 1898, p. 1357, 1904 p. 218, 1913 p. 2100.

à la religion orthodoxe : ils s'appliquent à tous les cultes, dont ils assurent l'exercice.

De même, en s'appuyant sur l'art. 181 du Code pénal, qui reproduit les dispositions de l'art. 166 du Code pénal allemand, la jurisprudence est allée jusqu'à interdire aux non-orthodoxes toute propagande faite au préjudice de la religion dominante⁽¹⁾. Mais il est à noter que ce dernier article protège également tous les cultes, puisqu'il punit « toute provocation au mépris envers la religion dominante ou envers les autres religions ».

Le seul privilège, dont jouit l'Eglise orthodoxe, est que les princes de la famille royale seront élevés dans la religion dominante (art. 77 de la Constitution) et qu'aux fêtes nationales, la famille royale et le gouvernement prennent part aux services célébrés par cette Eglise. A part ce privilège qui est d'ordre politique, s'expliquant par le souci de ménager la religion de la grande majorité de la population, l'Eglise orthodoxe roumaine se trouve sur un pied d'égalité avec les autres cultes reconnus et quelquefois même moins bien traitée que ces derniers, comme nous allons le constater en matière de serment, par exemple.

Toujours est-il que les prescriptions canoniques de l'Eglise orthodoxe, même en questions réglées positivement par les lois et les règlements, sont méconnues par la jurisprudence, qui, après une série de décisions contradictoires, a fini par contester l'autorité des canons de l'Eglise dominante.

Il y a donc un conflit bien prononcé entre les lois civiles roumaines et les canons de l'Eglise orthodoxe, en vigueur en Roumanie avant l'introduction du code civil (1865).

Un certain nombre d'auteurs voient l'origine de ce conflit dans la précipitation avec laquelle on a pro-

(1) B. C. 1911, p. 1697.

cédé à la rédaction du code civil roumain : en effet, celui-ci a été « fabriqué » seulement en 40 jours (10 octobre, 20 novembre 1864).

Nous croyons pourtant, que l'abandon des anciennes coutumes et dispositions canoniques a une cause plus profonde : c'est l'irréligion ou tout au moins l'indifférentisme religieux des temps modernes avec son corrolaire nécessaire : la laïcité.

Dans leurs sentences, les juges, qui, comme presque toute la classe dirigeante roumaine, échappent de plus en plus à l'action de l'Eglise, se placent uniquement au point de vue du droit civil, faisant abstraction de la nature des rapports de l'Etat roumain et de son Eglise dominante, que tous les hommes politiques, sans exception, déclarent être le fondement même de l'Etat.

Nous allons passer rapidement en revue les différents aspects de ce conflit, en insistant un peu plus sur les divergences en matière de mariage.

§ I. — *Divergences autres qu'en matière de mariage.*

I. — Conformément aux canons 7 et 19 du 7^e synode œcuménique, reproduisant à cet égard les dispositions de la Nouvelle 5, ch. 5 et de la Nouvelle 133, ch. 38, les biens de ceux qui entrent dans les ordres monastiques reviennent aux monastères, à moins qu'ils n'aient des enfants ou qu'ils aient disposé de leurs biens par actes entre vifs ou par testament, avant l'entrée dans les ordres. Les biens qu'ils acquerront ultérieurement à leur entrée dans la vie monacale appartiendront exclusivement au monastère dont ils font partie.

Ces dispositions canoniques ont été confirmées par un texte précis, par l'art. 83 de la loi sur l'organisation du Ministère de l'Instruction, l'Administration de la Caisse des Eglises. Il y est dit : « Les biens immobiliers des moines et des nonnes, situés dans l'enclos du monastère, de même que tous les objets

sacrés, resteront, après leur décès, propriété du monastère ».

Le règlement de la loi sur la Caisse des Eglises (art. 122, 128) développe dans le même sens le principe posé dans l'art. 83 susmentionné. Nous rappelons qu'un pareil règlement a force de loi, étant rédigé en exécution des dispositions de la loi respective, promulgué par décret royal et inséré au « *Moniteur Officiel* ».

Devant ces textes précis, la jurisprudence a commencé par déclarer que, même sous l'empire du code civil, les canons de l'Eglise conservent leur force de loi, le code civil (loi générale) ne pouvant pas déroger aux canons (loi spéciale) et que par conséquent, les parents, quelque soit leur degré de parenté, ne peuvent pas hériter d'un moine, mais seulement le monastère dont il fait partie. On remarquait, en outre, que les lois concernant la succession des religieux, en leur qualité de lois politiques, n'ont pu être abrogées par le code actuel ⁽¹⁾.

Mais plus récemment, la Cour de cassation revint sur ses premières décisions et considérant que la loi sur les successions est une loi d'ordre public et comme telle applicable à toutes les classes sociales sans distinction, déclara que nul ne peut, sans une dérogation expresse, se soustraire à son application. En conséquence, le code civil qui règle les successions et qui a abrogé toutes autres dispositions antérieures, ne faisant pas de distinction entre les successions des moines et celles des autres citoyens, s'applique également aux successions des moines, dont héritent les parents les plus proches et non pas le monastère ou l'Etat⁽²⁾.

Nous persistons néanmoins à croire que l'art.

(1) Bulletin de la Cassation 1880 p. 351 ; *Dreptul* (le Droit) 1880 p. 42 ; B. C. 1880 p. 300 ; *Dreptul*, 1888 p. 84 ; B. C. 1895 p. 1311.

(2) B.C. 1900, p. 1309.

83 susmentionné constitue une dérogation expresse aux dispositions du code civil, qui d'ailleurs n'abroge pas expressément les lois et les ordonnances appliquées en Roumanie, en matière de succession des religieux, jusqu'en 1865 et dont l'origine remonte à Justinien.

II. On rencontre les mêmes hésitations dans la question du serment des prêtres orthodoxes.

En conformité avec les canons et la doctrine des Evangiles qui interdisent le serment (Matth. V. 35, 37), l'art. 42 du Règlement pour la discipline ecclésiastique, du 22 mai 1873, décide, que les personnes appartenant aux degrés de la hiérarchie ecclésiastique sont dispensées de l'obligation de prêter serment, leur simple affirmation verbale étant suffisante, conformément aux paroles du Seigneur : « Que notre parole soit : Oui, oui, et Non, non ».

Tout d'abord la jurisprudence s'est prononcée dans le sens de la tradition et des dispositions canoniques, déclarant que les prêtres doivent être entendus sans prêter serment, qu'ils ne contreviennent pas aux lois, quand ils refusent de prêter serment et enfin qu'ils ne peuvent pas être contraints par moyens coercitifs de prêter le serment prévu par la loi⁽¹⁾.

Mais elle a fini par déclarer que les prêtres, comme tous les autres citoyens, ne peuvent pas prétendre être dispensés de prêter serment.

D'après cette jurisprudence, l'art. 42 du Règlement pour la discipline ecclésiastique ne peut pas déroger aux lois civiles ordinaires qui imposent à tout le monde l'obligation de prêter serment, puisque, en conformité avec l'art. 14 de la loi synodale de 1872, le saint-synode n'a la compétence de statuer que dans les affaires spirituelles, disciplinaires et judiciaires purement ecclésiastique et que pour cette

(1) B.C. 1885 p. 770. 1890 p. 116, 1897 p. 714.

raison la disposition contenue dans l'art. 42 du Règlement est contraire à l'art. 14 de la loi synodale et par conséquent n'a pas force obligatoire. ⁽¹⁾.

Cette jurisprudence trouve son explication dans la non connaissance des canons et de la doctrine de l'Eglise dominante, puisque l'art. 42 du Code de Procédure civile, permettant au juge de modifier la manière de prêter serment, *si la partie professe un culte qui lui interdit le serment sous la forme prévue à l'art. 240 du C. P. c.*, laisserait la possibilité pour les prêtres orthodoxes de prêter serment d'une manière conforme aux canons et dans une forme acceptée par l'épiscopat, comme cela avait lieu sous l'ancien régime.

La jurisprudence admet cette exception en faveur, par exemple, des juifs, qui prêtent le serment « *more judaico* » et la refuse aux prêtres de la religion dominante.

Il est encore à noter que l'art. 11 de la loi sur les justices de paix, de 1896, dispense du serment le prêtre appelé à figurer comme juré dans le tribunal rustique.

III. La jurisprudence roumaine a fait preuve également d'une certaine hésitation dans la question de la personnalité juridique des monastères.

Il est certain que sous l'ancien régime les monastères jouissaient de la personnalité juridique, puisqu'on leur reconnaissait le droit de recevoir des donations sans aucune restriction. Il est même généralement admis qu'à cette époque là — à la différence de ce qui a lieu de nos jours sous le régime du code civil, lorsqu'une loi est nécessaire pour l'existence d'une personne juridique — tant en Moldavie qu'en Valachie, les personnes morales étaient créées par un acte de volonté individuelle, sans avoir besoin d'une consécration ou d'un acte quelconque de la part de l'Etat.

(1) B. C. 1899 p. 857, 1901 p. 1341, 1913 p. 779.

Ce dernier n'intervenait, le cas échéant, que pour dissoudre certaines associations considérées dangereuses pour la sûreté publique ou contraire aux bonnes mœurs.

La personnalité juridique des monastères est reconnue, de même, par la législation civile de la première moitié du 19^e siècle, notamment par les §§ 763, 769, 17 et 43 du code Calimaki et par l'art. 80 du Règlement organique de Moldavie. (Dans ce sens : la Cour de Cassation, toutes chambres réunies, l'arrêt du 22 novembre 1873, *Dreptul* de la même année p. 522, 529 et 530.).

Pourtant, deux ans plus tard, la première section de la Cour suprême, par la décision N° 145 du 3 juin 1875, s'est prononcée dans un sens contraire, affirmant que les monastères ne peuvent plus ester en justice, leur personnalité juridique étant supprimée par la loi sur la sécularisation des biens des monastères, du 15 septembre 1863. (Comp. *Dreptul*, 1879 N° 11 et Bull. Cass. 1878 p. 356).

Du même avis est également M. Alexandresco, professeur à l'Université de Jassy, qui soutient qu'un legs fait à un monastère serait aujourd'hui caduc (op. cit. p. 66).

Mais les décisions récentes de la Cour de cassation sont nettement en faveur de la personnalité juridique des monastères, reconnue implicitement par le Décret organique du 6 décembre 1864 et par le Règlement pour la discipline monacale du 19 décembre 1873 ⁽¹⁾.

La question ne se pose pas à l'égard des *églises* paroissiales, auxquelles le législateur, par un texte formel (art. 49 de la loi sur le clergé séculier), a reconnu la qualité de personnes juridiques.

Les tribunaux interprètent cet article en ce sens qu'il vise uniquement les *églises roumaines* et non

(1) Bull. Cass. 1902 p. 999, 1911 p. 704, 1912 p. 909.

les autres Eglises orthodoxes de l'Orient et encore moins l'Eglise catholique romaine.

Pour qu'une personne morale étrangère puisse faire valoir des droits en Roumanie, elle doit d'abord être reconnue comme telle par l'Etat roumain.

§ 2. — *Les divergences en matière de mariage.*

Ces divergences, de beaucoup plus importantes que les premières, ont trait à la nature de l'acte du mariage, aux empêchements pour cause de parenté et à la dissolution du mariage.

I. — A cause de la situation géographique de leur pays, les Roumains, malgré leur origine latine, ont subi les influences slaves et grecques ; c'est pour cette raison qu'au début ils se sont servis concurremment des collections grecques et slaves.

Il est fort probable que les Basiliques et les autres collections byzantines ont été connues de bonne heure également sur la rive gauche du Danube, quisqu'elles étaient appliquées sur sa rive droite, tout au moins aux époques des victoires des armées impériales sur les Bulgares.

D'après le témoignage de Démètre Cantemir, Alexandre-le-Bon, prince de Moldavie (1401-1433), fit réformer les lois du pays et composer en langue roumaine un code approprié aux besoins de l'époque, travail qui n'a jamais été imprimé et dont les manuscrits ne sont pas parvenus jusqu'à nos jours. Le code avait à sa base les Basiliques que le prince avait reçues, sur sa demande, de l'empereur de Byzance.

Les premières collections canoniques en langue roumaine datent seulement du milieu du 17^e siècle : l'an 1632, Eustratie publia en Moldavie une traduction du Nomocanon de Malaxa (1561) et presque à la même époque (1640) paraissait en Valachie, au monastère de Govora, la Règle ecclésiastique nom-

mée « la petite » qui se fonde sur le Nomocanon de Cotelier.

Quelques années plus tard (1646), les Règlements juridiques de Basile le Loup furent imprimés à Jassy sous le titre suivant : « Manuel roumain des lois impériales et autres maximes de droit, traduit de nombreux ouvrages grecs, sur l'ordre et aux frais du prince Basile de Moldavie ».

La majeure partie de ce code consiste en droit pénal, en procédure criminelle et en lois concernant les agriculteurs ; quelques chapitres, (pp. 65-87, édition Sion) sont consacrés aux causes de dissolution du mariage, à l'adultère, au proxénétisme et au rapt.

Enfin, en 1652, Mathieu Bassarab, prince de Valachie et rival de Basile le Loup, fit paraître à Targoviste, la capitale du pays, un corps de lois canoniques entremêlées de lois civiles, sous le titre de *Indreptarea Legii* (Redressement de la loi). Ce recueil se divise en deux parties : la première en 417 chapitres est formé du Nomocanon de Malaxa et du Manuel de Basile le Loup, la seconde partie renferme les canons des Apôtres, des Conciles, de St. Basile et autres Pères dans la synopsis accompagnés du commentaire d'Aristène.

Les lois civiles postérieures, par exemple le code de Kalimaki, en Moldavie (1816), basé en grande partie sur le code autrichien et celui de Caragea en Valachie (1818), ont maintenu la compétence de l'Eglise en matière matrimoniale, reconnaissant au mariage le caractère d'un acte religieux et aux prescriptions canoniques leur force légale.

Cette situation changea au 1^{er} décembre 1865, lorsque le code civil entra en vigueur. Ce code, une traduction hâtive du code Napoléon, rompit avec la tradition du pays, en introduisant le principe du mariage-contrat uniquement civil. En effet, l'art. 129 du code civil roumain, reproduisant l'art. 146

français, reconnaît comme unique condition essentielle pour la conclusion du mariage le consentement des futurs époux et l'art. 151 (165 français) exige que le mariage soit célébré devant l'officier de l'état civil. D'autre part, selon l'art. 51 de la loi communale de 1894, le maire ou son adjoint est chargé de la rédaction et de la tenue des actes de l'état-civil.

Ces dispositions contrariaient les habitudes du pays et heurtaient de front les traditions séculaires du peuple roumain.

C'est pour apaiser l'opinion publique, à juste raison agitée, que la Constitution de 1866 fit de la bénédiction religieuse une condition essentielle pour la validité du mariage. Le constituant de 1866 pouvait prendre une pareille disposition d'autant plus qu'il se rendait compte — ce qui est vrai également de nos jours — que le seul mariage, qui ait de la valeur pour le paysan, est le mariage religieux. Certes, les formalités civiles sont accomplies par les paysans roumains, puisque le prêtre ne peut procéder à la bénédiction nuptiale que si on lui justifie de leur accomplissement (art. 166, c. pén.) ; mais malgré le mariage civil, le paysan se considérerait non marié si l'union qu'il veut contracter ne recevait pas la bénédiction de l'Eglise.

* * *

A. — L'art. 22 de la Constitution de 1866, après avoir proclamé de nouveau le principe déjà établi par le code civil, à savoir que les actes de l'état civil rentrent dans les attributions des autorités civiles, portait que la bénédiction religieuse était obligatoire pour le mariage, sauf les cas qui seront prévus par une loi spéciale, loi qui n'a pas été votée.

Sur l'obligation de la bénédiction religieuse, imposée par la Constitution de 1866, la Cour de cassa-

tion a rendu au début des décisions contradictoires.

Mais, dernièrement, elle vient de déclarer que le mariage est un acte purement civil et que par conséquent le défaut de la bénédiction religieuse n'entraînerait pas la nullité du mariage contracté uniquement devant l'officier de l'état-civil, et cela pour les considérations suivantes :

a) L'obligation de la bénédiction religieuse serait une atteinte à la liberté de conscience, garantie d'une façon absolue par les art. 5 et 21 de la Constitution de 1866. Exiger la bénédiction du mariage serait, d'après certains jugements, imposer aux libres-penseurs de choisir entre l'état illégal du concubinage et la violation de leur conscience. Ce serait créer en Roumanie la situation dans laquelle la France se trouvait avant l'édit de Nantes et après sa révocation en octobre 1685 jusqu'à 1787.

b) Des travaux préparatoires il résulterait que l'obligation de la bénédiction religieuse ne serait qu'un *desideratum*. A l'appui on invoque la déclaration faite par N. Blaremborg, le défenseur de l'amendement devenu l'art. 22 de la Constitution, dans la séance du 24 juin 1866 ; répondant à Const. Boeresco, il déclara que jusqu'à la promulgation de la loi contenant les dispositions transitoires, loi qui n'a pas été votée, le code civil resterait en vigueur.

c) Parce qu'on n'avait pas voté la loi qui devait prévoir les cas, où la bénédiction religieuse n'était pas nécessaire, et enfin,

d) Parce que la Constitution n'avait pas prévu une sanction au défaut de la bénédiction religieuse.

Ce dernier considérant est développé notamment par un arrêt de la Cour de cassation, en date du 9 janvier 1884 (Bulletin de la Cassation, l'an 1884, N° 1). La Cour suprême tire des arguments de la nature et de la structure intérieure de la Constitution roumaine de 1866, qui, comme la plupart des lois constitutionnelles des différents Etats, contient

sous deux rubriques deux sortes de dispositions : 1) des dispositions ayant comme objet une déclaration de droits et 2) des dispositions tendant à organiser les pouvoirs de l'Etat. Selon l'arrêt précité, il y a de nombreuses différences entre ces deux sortes de dispositions : les dernières sont des dispositions constitutionnelles précises, en vue de l'organisation de l'Etat et des corps destinés à lui servir comme organes de sa puissance et comme telles, elles portent en elles-mêmes le pouvoir de remplacer et d'abroger entièrement et immédiatement les dispositions constitutionnelles antérieures ; les premières au contraire ne sont que des déclarations de principe, ayant comme objet les droits de l'homme et du citoyen, et comme telles, elles ne peuvent pas avoir, dans leur application, effet plein et immédiat, si elles sont contraires ou incompatibles avec les dispositions des lois existant au moment de la promulgation de la Constitution, à moins que la Constitution, en même temps avec la déclaration d'un principe nouveau, ne fixe elle-même le sens et l'étendue de ce principe nouveau, de même que le mode et les conditions de son application.

Après avoir rangé l'art. 22 parmi les dispositions constitutionnelles contenant une déclaration de principe, l'arrêt continue en ces termes : « Considérant qu'en matière de mariage, contrairement au principe du code civil qui fait de cette institution une institution purement civile et l'organise en conséquence d'une manière détaillée et complète, la Constitution, en proclamant l'obligation de la bénédiction religieuse, a fait une simple déclaration d'un principe nouveau, sans le réglementer et sans indiquer la sanction du défaut de la cérémonie religieuse, défaut résultant soit de la volonté des deux époux, soit de la volonté de l'un d'entre eux, ou du refus de l'Eglise ou enfin de l'impossibilité d'effectuer la cérémonie religieuse à cause du décès des

deux époux ou d'un seul décès survenu après la célébration du mariage par l'officier de l'état civil.

« Considérant que par le fait qu'il ne s'était pas prononcé sur ces hypothèses et sur d'autres qui peuvent se présenter dans la pratique, le constituant a voulu laisser à la législature ordinaire la mission de légiférer d'une manière complète et harmonique en toute cette matière, à la seule condition que la loi future ait à la base le nouveau principe de l'obligation de la cérémonie religieuse, qu'elle accepte ce principe comme règle générale et qu'elle prévoie les cas exceptionnels lorsque le mariage pourra avoir lieu sans cette cérémonie, comme d'ailleurs le dit déjà l'art. 22 susmentionné », pour ces raisons, la Cour de cassation décida que le principe de l'obligation de la bénédiction religieuse, quoique déclaré obligatoire par la Constitution, restera sans application, tant que le législateur ordinaire n'aura pas voté la loi prévue à l'art. 22 *in fine*. Dans le même sens : Bull. Cass. 1874 p. 308, l'année 1879 p. 285.

On n'a pas eu grande peine à réfuter ces arguments ⁽¹⁾.

a) La liberté de conscience est absolue seulement quant au for intérieur ; mais, une fois entrés dans le monde extérieur, les faits intérieurs deviennent l'objet de l'action sociale, le législateur ayant le droit de réglementer nos actions. A l'appui de cette opinion, on invoque certains textes de la même Constitution roumaine de 1866. Avant 1879, un israélite ne pouvait pas obtenir la naturalisation : il y avait là une violation manifeste de la liberté de conscience, et pourtant personne n'a jamais considéré l'ancien art. 7 comme inconstitutionnel. Il en est de même de l'obligation de prêter serment, qui

(1) C. G. Dissescu, Cours de droit public roumain, tom. II pp. 443-448 (en roumain) ; Paul Negulesco, *Dreptul*, l'année 1900, N° 48.

pour certaines personnes constitue une violation de la liberté de conscience.

L'argument tiré de la liberté de conscience peut être retourné contre ceux qui s'en servent : en effet, si la bénédiction religieuse constitue, pour l'un des époux, une violation de la liberté de conscience, comment le législateur pourrait-il déclarer le mariage sans bénédiction religieuse parfait à l'égard de l'autre époux, lorsque l'épouse dans sa conscience ne se considère, peut-être, liée que par l'union contractée devant l'autel ?

b) Les travaux préparatoires peuvent quelquefois avoir leur importance, quand, par exemple, il s'agit de préciser le sens d'une phrase obscure à cause d'un mot ou d'une virgule ; ils ne peuvent jamais annihiler une disposition claire de la Constitution. Or les termes, dont la Constitution roumaine s'est servie, sont nets et l'opinion d'un membre du Parlement — fût-il le rapporteur — ne peut pas remplacer le texte de la loi. La déclaration de N. Blaremburg n'avait donc que la valeur d'une opinion personnelle.

c) Le fait qu'on n'avait pas voté la loi fixant les exceptions, c'est-à-dire les cas dans lesquels la bénédiction religieuse n'était pas nécessaire, prouve simplement qu'il n'y avait pas d'exception du tout, que par conséquent la bénédiction religieuse était nécessaire dans tous les cas.

d) L'argument que la mesure prise par l'art. 22 de la Constitution manque de sanction, n'est pas plus solide que les autres, puisque, en matière constitutionnelle, toutes les prescriptions sont sous peine de nullité ; la nullité est de droit, la matière intéressant l'ordre public, et le législateur n'est pas obligé de le proclamer à chaque article.

C'est de la même manière que le Constituant a procédé également en d'autres matières : par exemple, lorsqu'il dit que les délits politiques sont

de la compétence des jurés, il n'a pas ajouté, « sous peine de nullité », et pourtant personne ne doute qu'une décision en cette matière, rendue par un tribunal ordinaire, ne soit pas entachée de nullité.

Il en est de même de la bénédiction religieuse : du moment que le législateur la déclare « obligatoire », le mariage contracté sans cette cérémonie devrait être considérée nul de droit.

Enfin, nous devons remarquer que la distinction des dispositions constitutionnelles en dispositions vagues, contenant une déclaration de principes et dispositions précises concernant l'organisation des pouvoirs de l'Etat, n'a rien d'absolu, puisque la Constitution de 1866 elle-même, dans l'art. 7 de la rubrique « Des droits des Roumains », prévoit des détails, comme le fait également la Constitution de 1923, par exemple dans les art. 25, 26 qui concernent la liberté de la presse.

Qu'il ne s'agissait pas d'un simple *desideratum*, d'un simple conseil, mais bien d'une disposition formelle — le prouve également le fait que les Assemblées constituantes de 1879 n'ont pas modifié l'art. 22 de la Constitution de 1866 et que la loi sur l'organisation de la Dobroudja reproduit textuellement le principe posé dans l'art. 22 de la Constitution, ajoutant qu'un règlement d'administration publique déterminerait les exceptions et les modifications qui pourront être introduites à l'égard des musulmans et des lipovans.

Cet article est plus explicite que l'art. 22 de la Constitution : par lui nous pouvons nous rendre compte des exceptions auxquelles pensait le Constituant de 1866.

La Cour de cassation avait donné une solution identique par l'arrêt du 24 février 1879 (Bulletin de la Cass. 1879 p. 107), qui remarque en outre que le serment des magistrats sur la Constitution serait un contre-sens, si cette dernière ne contenait que des

simples conseils, dépourvus par eux-mêmes, à défaut d'une exception expresse, de toute utilité pratique et de toute valeur indépendante d'une loi ordinaire postérieure.

Les auteurs français, qui se sont occupés de cette question, sont du même avis. Pour M. Glasson (op. cit. p. 306) le mariage roumain sous l'empire de la Constitution de 1866 était un acte religieux ; pour M. Weiss (Traité de Droit international privé t. III p. 451), c'était un contrat mixte, pour la formation duquel la bénédiction religieuse était nécessaire. Enfin, M. Planiol s'était prononcé dans le même sens (Traité de Droit civil I p. 50 édit. I).

La controverse, qui a longtemps passionné les jurisconsultes roumains, n'a plus aujourd'hui qu'un intérêt rétrospectif.

En effet, la Constitution de 1923 vient de trancher le différend dans un sens défavorable à la religion dominante et à toute religion en général, en supprimant purement et simplement les derniers mots du deuxième alinéa de l'art. 22 de la Constitution de 1866, qui avait occasionné la controverse que nous venons d'exposer. (art. 23).

*
* *

B) La question de la bénédiction religieuse du mariage peut être envisagée aussi au point de vue du droit international privé :

On s'est demandé si le mariage célébré sur le territoire roumain entre deux sujets étrangers, conformément à la loi de leur pays, c'est-à-dire devant le prêtre de leur croyance, sans aucune intervention de l'officier de l'état civil, est ou non valable en Roumanie ?

La question a été traitée avec une grande richesse d'arguments sous forme de dialogue entre *Primus*

et *Secundus*, par deux jurisconsultes roumains des plus connus : M M. C. Stefanescu et A. Degré ⁽¹⁾.

D'après une première opinion, aucune loi de droit privé ou de droit public n'interdirait aux étrangers, qui se marient en Roumanie, d'observer les formes prescrites par leur loi nationale. Dans ce système, la règle « *locus regit actum* » est facultative et non obligatoire. On en conclut qu'un mariage religieux de deux étrangers, de deux Serbes par exemple, célébré en Roumanie d'après les formes usitées en Serbie, serait valable, « l'état civil des époux ne pouvant être réglé que d'après leur statut personnel ».

Quant à l'art. 166 Cod. pén. roum. reproduisant les dispositions des art. 199 et 200 Cod. pén. fr., il ne s'appliquerait, d'après cette première opinion, qu'au prêtre qui procède aux cérémonies religieuses d'un mariage entre deux Roumains. Ce sont les Roumains qui ont fait l'objet de la préoccupation du législateur et c'est leur état civil qu'il a cherché à garantir.

On a objecté à cette doctrine qu'elle confond les conditions de capacité avec les solennités du mariage, le statut personnel avec la loi des formes⁽²⁾. Ces dernières sont fixées par le législateur territorial d'une manière absolue, sans prendre en considération si les parties sont indigènes ou étrangères et sans se demander quelle est leur loi nationale.

On a fait valoir, en outre, que des articles 152, 2 al. 3 et art. 11 du code civil roumain, il résulterait que la règle « *locus regit actum* » a un caractère impératif et non facultatif et qu'elle ne fait aucune distinction entre nationaux et étrangers. La doctrine et la jurisprudence étant d'accord que la règle

(1) *Dreptul*, 10 janvier 1899.

(2) Busdugan C. N. Du mariage des Roumains à l'étranger et des étrangers en Roumanie, p. 230 et suiv.

« *locus regit actum* » s'applique au mariage des Roumains à l'étranger, on conclut que par réciprocité on doit appliquer le même traitement aux étrangers qui se marient en Roumanie. On remarque d'autre part que l'art. 11 du code civil ne pose pas le principe de la réciprocité comme le fait l'art. correspondant du code civil français (11), mais, qu'au point de vue de la jouissance des droits civils, il assimile les étrangers aux Roumains, sauf les cas qui seront expressément prévus par la loi.

On a fait enfin intervenir la notion de droit public de l'Etat, qui, d'après une doctrine unanimement admise, comprend les lois constitutionnelles et les lois pénales. Or, le mariage en Roumanie est réglé, outre les dispositions du code civil, par l'art. 23 de la Constitution de 1923, qui pose en principe que le mariage est un contrat purement civil et que l'accomplissement des formalités civiles doivent toujours précéder la bénédiction religieuse et par l'art. 166 code pénal, sanctionnant l'application du principe constitutionnel par des peines infligées aux prêtres, à quelque culte qu'ils appartiennent, qui procéderaient à la bénédiction religieuse du mariage avant l'accomplissement des formalités civiles.

Ces textes, étant de droit public, doivent être appliqués à tous ceux qui habitent le territoire roumain, tant aux nationaux qu'aux étrangers.

C'est dans ce sens que la jurisprudence, après bien des hésitations, semble se fixer.

Voici les principaux considérants d'un arrêt de la Cour d'appel de Bucarest, en date du 11 décembre 1892 (*Dreptul*, 1893 N° 11) ; « Considérant que le législateur roumain a fait du principe du mariage civil une question constitutionnelle et une question d'ordre public, parce que l'art. 166 du code pénal punit tout prêtre, à quelque culte qu'il appartienne, qui procédera à la célébration du mariage religieux avant qu'on lui ait justifié celle du mariage civil ;

considérant que les dispositions de la loi, concernant l'ordre public et les bonnes mœurs, s'imposent à tous ceux qui se trouvent sur le sol roumain, autrement nos nationaux trouveraient étrange qu'ils fussent punis pour des faits que les étrangers pourraient commettre en Roumanie en toute liberté et sans aucune sanction. Considérant qu'en présence de ces dispositions de loi, il est impossible que les tribunaux roumains accordent quelque valeur juridique aux actes rédigés sur le territoire roumain en dépit des dispositions d'ordre public consacrées par les lois du pays ; considérant que l'art. 166 du code pénal ne se réfère pas seulement aux Roumains, le texte étant général et ne faisant aucune distinction entre Roumains et étrangers ; d'ailleurs, le législateur pénal ne pourrait même pas faire de semblable distinction sans anéantir lui-même le principe du mariage civil, qu'il voulait voir respecté en Roumanie ; considérant encore qu'il n'est pas exact de dire que cela constituerait une atteinte à la liberté de conscience des étrangers, que leur loi nationale autorise, comme dans l'espèce, à contracter mariage dans une forme purement religieuse, car rien n'empêche les étrangers en Roumanie, une fois la célébration de leur mariage civil accomplie, de faire bénir leur mariage par tout prêtre, à quelque culte qu'il appartienne ».

La Cour de cassation a adopté la même manière de voir, en rejetant le pourvoi fait contre l'arrêt précité⁽¹⁾.

La Cour d'appel de Jassy (22 juin 1895, *Dreptul*, 1895, p. 629) a émis une opinion identique dans le procès intenté contre un prêtre étranger, de confession catholique romaine, qui avait donné la bénédic-

(1) Voyez en outre : Trib. Bacău, 6 juin 1895, *Dreptul* 1895 N° 55 ; Trib. d'Ilfov 1^{re} ch. 5 mars 1896 et Cour de Bucarest, 2 octobre 1896 (*Dreptul* 1896 N° 71).

tion nuptiale à six mariages entre sujets austro-hongrois, sans l'intervention préalable de l'officier d'état civil roumain.

Cet arrêt a été confirmé par la Cour de cassation par un arrêt, en date du 13 septembre 1895 (*Dreptul*, 1895, N° 76, p. 629) : « Considérant, dit la Cour suprême, que les prêtres de rite catholique, qu'ils soient ou non citoyens roumains, sont punissables, conformément à l'art. 166, quand ils y contreviennent, parce que les dispositions de police et celles offrant un caractère pénal incontestable s'appliquent à tous, sans distinguer s'ils sont ou non citoyens ; qu'il n'y a pas lieu de rechercher, pour l'application de cette disposition, si les personnes dont les mariages ont été célébrés, sont citoyens roumains ou sujets austro-hongrois, car l'application des dispositions pénales ne dépend pas de recherches ou de constatations pareilles ; que dans cette matière, il est d'intérêt et d'ordre public dans l'Etat roumain, que les mariages s'effectuent au civil et que leur célébration soit connue, et que l'art. 166 du code pénal est une sanction générale. Considérant que si l'on dit que l'étranger, en ce qui concerne le mariage, suit les règles de son statut personnel, cela est vrai en ce qui concerne sa capacité et tout ce qui en dépend, mais que cela n'existe plus quand, même en matière de droit international privé, on oppose une disposition d'ordre public ; que le statut personnel et les règles du droit international privé n'effacent et ne peuvent pas effacer les dispositions de police et de caractère pénal qui s'appliquent à tous et dans toutes les circonstances, quand il s'agit d'un délit commis sur le territoire roumain et puni par les lois roumaines, comme c'est, dans l'espèce, du fait puni par l'art. 166 du code pénal ; qu'il ne faut pas confondre les règles et les principes du droit international privé lorsqu'il s'agit de l'application des dispositions du droit pénal, qui ont et doivent avoir

une application générale ». (Voyez *contra* : Trib. Dorohoi, 3 novembre 1895, *Dreptul* 1895, N° 86).

*
* * *

II. — Le Droit canonique de l'Eglise orthodoxe admet 4 sortes de parenté :

A. — La parenté naturelle (*cognatio naturalis vel carnalis*), qui se subdivise en parenté en ligne droite et en ligne collatérale.

En ligne directe, le mariage est prohibé à l'infini⁽¹⁾, disposition consacrée également par le code civil (art. 143).

En ligne collatérale, le mariage est interdit jusqu'au septième degré inclusivement. Le code civil (art. 144) ne le prohibe que jusqu'au 4^e degré inclusivement. Encore, cette prohibition n'est pas trop ferme, car l'art. 150 reproduisant l'art. 164 du code Napoléon, confère au Roi le droit d'accorder des dispenses aux prohibitions contenues à l'art. 144, rendant ainsi possible le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs et entre cousins et cousines germains.

B. — *L'affinité* (l'alliance) est le lien qui résulte du mariage entre membres appartenant à deux familles différentes.

Les sources canoniques distinguent l'alliance de « deux familles », qui résulte d'un seul mariage apparentant deux familles et « l'alliance de trois familles », qui résulte de deux mariages différents entre des membres appartenant à trois familles.

L'alliance de deux familles se subdivise, à son tour, en alliance en ligne directe et en ligne collatérale.

En ligne directe, le mariage entre alliés est interdit à l'infini, comme dans le cas de parenté natu-

(1) Synt. VI. 127. 127,

relle⁽¹⁾, solution admise également par le code civil (art. 143). Même après la mort de l'un des époux, l'autre ne pourra pas épouser un descendant ou un ascendant du premier.

En ligne collatérale les mariages entre alliés sont défendus jusqu'au 5^e degré (Synt. V. 51. 424 VI. 130). Même aux 6^e et 7^e degrés, le mariage est défendu, quand il en résulte une confusion de noms ou une confusion dans les rapports de parenté naturelle entre deux personnes, des parents plus âgés arrivant à occuper les places des plus jeunes.

Le code civil (art. 144) interdit le mariage entre alliés en ligne collatérale seulement jusqu'au quatrième degré.

Les empêchements au mariage, résultant de l'alliance de trois familles, sont limités au 3^e degré inclusivement, mais le code civil roumain ne reconnaît pas cette sorte de parenté.

a) La rédaction des art. 143 et 144 c. c. r. a donné lieu à une grosse controverse. L'art. 143 est ainsi rédigé : « En ligne directe le mariage est absolument défendu entre ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne, *sans qu'il y ait lieu de distinguer si la parenté résulte d'une union licite ou illicite* ». L'art. 144 dit au contraire : « En ligne collatérale le mariage est prohibé jusqu'au 4^e degré inclusivement, *sans qu'il y ait lieu de distinguer si la parenté résulte d'une union licite ou illicite*, et entre les alliés au même degré ».

Il s'agit de savoir si l'alliance peut résulter du concubinage ou seulement du mariage.

Dans un premier système, on se prononce pour la seconde solution⁽²⁾. En effet, dit-on, l'empêchement d'honnêteté publique établi par le concile de Trente au 16^e siècle n'a jamais été accepté par

(1) Can. 79, 87 de St. Basile, can. 54 du synode *in Trullo*, Synt. V. 424. IV. 559. — VI. 130. Basilic. XXVIII. 5. 1.

(2) D. Alexandresco, op. c. p. 75.

l'Eglise orthodoxe, la séparation des deux Eglises étant un fait accompli depuis 1054. On soutient encore, que les mots qui se trouvent à la fin de l'art. 143, dans l'esprit de la loi, ne se rapportent pas à l'alliance, mais seulement à la parenté en ligne directe et la meilleure des preuves, c'est que dans l'art. 144, qui n'a donné lieu à aucune controverse, il n'est parlé de l'alliance qu'à la fin de l'article et les expressions empruntées à l'ancienne législation de la Moldavie (Code Calimach, art. 92), ne se réfèrent qu'à la parenté collatérale et nullement à l'alliance.

C'est dans ce sens que se sont prononcés le Tribunal de Jassy (*Dreptul*, 1884, N° 44) et la Cour de Focsani (*Dreptul*, 1885, N° 43). Cette dernière interprète la périphrase susindiquée dans le sens que l'affinité continue de produire ses effets, même après l'annulation du mariage, en d'autres termes, une union illégitime célébrée mais annulée produirait une alliance naturelle, tandis que la même union non célébrée ne ferait naître aucune alliance, distinction qui ne repose sur aucun texte.

Dans un autre système, que nous croyons plus fondé, le législateur roumain par les mots « sans distinction si la parenté résulte d'une union légitime ou illégitime » a voulu exprimer son intention de mettre sur la même ligne les alliés, les ascendants et les descendants, sans distinguer si les uns et les autres sont nés du mariage ou des unions illégitimes.

En effet, l'art. 143 c. civil roumain n'est que la traduction de l'art. 161 c. civil français avec deux modifications : a) le remplacement des mots « légitimes ou naturels » par la périphrase « sans distinction si.... », empruntée à l'ancienne législation moldave, emprunt qui n'implique pas nécessairement l'idée qu'on l'a conservée avec l'ancien sens et b) le changement de place de cette périphrase qui, dans le texte roumain, se trouve à la fin de l'article,

ce qui fait qu'elle se rapporte tant à la parenté naturelle et collatérale qu'à l'affinité, tandis que dans la rédaction française les mots « légitimes et naturels » ne semblent se référer qu'à la parenté naturelle. « Cette interprétation est conforme aussi à l'ancienne jurisprudence du pays, basée sur le droit canon et les anciennes législations de Basile Lupu pour la Moldavie et de Mathieu Bassarab, pour la Valachie, et sur des considérations morales et les mœurs du peuple roumain »⁽¹⁾.

La différence de rédaction entre les art. 143 et 144 ne constitue pas un argument en faveur du premier système. De la rédaction de ces deux articles résulte simplement qu'en matière de parenté en ligne directe, le législateur roumain a assimilé l'alliance à la parenté naturelle (*cognatio naturalis*), en décidant que dans les deux cas la parenté constitue un empêchement au mariage à l'infini, sans distinguer si la parenté résulte d'une union légitime ou illégitime, tandis que dans l'art. 144 il n'a pas voulu user de la même rigueur envers les alliés résultant de la parenté collatérale, en plaçant la périphrase « sans distinguer si... » immédiatement après la première proposition, qui fixe l'empêchement pour parenté en ligne collatérale au 4^e degré inclusivement.

L'art. 144 veut donc dire que l'affinité résultant de la parenté collatérale constitue un empêchement au mariage jusqu'au 4^e degré inclusivement, mais seulement lorsqu'elle résulte d'une union légitime.

Dans ce sens se sont prononcées la Cour de cassation par un arrêt du 31 mai 1883 (*Dreptul* 1885, N^o 53) et la Cour de Jassy par l'arrêt du 25 juin 1884 (*Dreptul* 1885, N^o 20).

b) Par cela qu'ils ne définissent pas l'affinité, les art. 143 et 144 c.c. ont donné lieu à une controverse

(1) C.N. Busdugan, op. c. p. 10, note 1.

d'une importance plus grande encore que la première.

Il est connu que dans le droit canonique de l'Eglise orthodoxe, la notion d'affinité possède un champ plus étendu que celui qui lui est assigné par les commentateurs du code civil. En effet, d'après les canons de l'Eglise orthodoxe, l'affinité ne se limite pas au rapport de parenté se produisant entre un époux et les parents collatéraux de l'autre, mais elle s'étend également aux parents des deux époux, de deux côtés, par exemple entre le père ou le frère d'une partie et la sœur de l'autre partie.

Ces dispositions ont été de tout temps respectées en Roumanie et elles se trouvent dans la collection fondamentale appelée « *Indreptarea Legii* » dont nous avons déjà fait mention (p. 132 édit. Bujoreanu) de même que dans la collection du métropolitain Nifon (1853), qui sur six chapitres en consacre quatre au mariage.

Le conflit entre la législation civile et canonique en cette matière a été de bonne heure porté devant les tribunaux civils du pays.

En 1878, le professeur Nàdejde intentait action civile par devant le Tribunal de Jassy, demandant des dommages-intérêts contre l'officier de l'état civil qui, malgré l'invitation du procureur, avait refusé de procéder au mariage que le premier voulait contracter avec la sœur de la femme légitime de son frère ; il demandait, en outre, que le Tribunal déclarât qu'il n'y avait pas d'empêchement au mariage projeté.

Par le jugement du 19 septembre 1878, le Tribunal de Jassy débouta le réclamant de sa demande.

Dans son jugement le Tribunal invoquait surtout les considérations suivantes :

a) Que d'après l'ancienne législation des deux Principautés, d'après le code Calimaki en Moldavie (art. 61 et 93) et le code Caragea en Valachie (art. 5

et 6), un pareil mariage était prohibé et la prohibition se fondait sur une considération concernant les bonnes mœurs et la pureté des rapports familiaux ;

b) Que si le législateur avait voulu abroger l'ancienne prohibition, il l'aurait fait d'une manière explicite et ne se serait pas borné aux termes impératifs dont il s'est servi : toutes les fois que le législateur a voulu rompre avec les traditions, il l'a dit clairement, comme par exemple dans la question du contrat de mariage (art. 22 Const.).

c) Enfin le Tribunal invoque la situation privilégiée de l'Eglise orthodoxe dans l'Etat roumain, qui respecte toutes les institutions ecclésiastiques et qui, en outre, a déclarée le mariage un acte civil et religieux.

Cette manière de voir n'a pas été partagée par la Cour d'appel de Jassy, qui par l'arrêt du 11 octobre 1878 réforme le jugement du Tribunal de première instance et pose comme principe que l'affinité comprend seulement le rapport de parenté qui se produit entre un époux et les parents de l'autre et que la bénédiction religieuse ne constitue pas une condition essentielle pour l'existence du mariage.

Voici les principaux arguments sur lesquels se fonde la Cour de Jassy :

a) Du fait que d'après le code civil le mariage est seulement un contrat civil se formant devant l'officier de l'état civil, résulterait avec nécessité que l'autorité civile ne devrait tenir compte que des empêchements au mariage, prévus par la loi civile ;

b) Que les empêchements au mariage étant fixés en conformité avec les idées de l'époque, le législateur n'a emprunté au droit canonique que certains empêchements, considérant que les autres n'intéressent plus l'ordre public et les bonnes mœurs.

c) Qu'en le transformant en acte purement civil, le

législateur a organisé en ce qui concerne le mariage, un système complet de règles, car il serait inadmissible qu'en cette matière d'ordre public il laissât en vigueur, sans le dire expressément, quelques dispositions des lois anciennes qui empêcheraient les mariages, dont le législateur roumain, tout comme le français, a voulu favoriser la formation.

d) Une pareille prescription a réellement existé dans le code Calimaki (al. 61), mais la Cour croit que cette disposition n'a jamais été appliquée par l'autorité civile et que par conséquent depuis longtemps elle était tombée en désuétude.

e) Enfin, l'objection que la coutume du pays était fixée dans ce sens, est écartée par la considération, que le juge n'est obligé à en tenir compte que si la loi l'y autorise, ce qui n'est pas le cas dans l'espèce.

Sur le pourvoi interjeté par le Procureur général près la Cour d'appel de Jassy, la Cour suprême, adoptant la manière de voir des premiers juges, a cassé l'arrêt susmentionné, par la décision N° 25 du 29 avril 1879.

La Cour de cassation pose le principe que l'affinité s'étend également aux parents des deux époux, en l'espèce, entre le frère d'un époux et la sœur de l'autre, et soutient que les canons de l'Eglise dominante dans l'Etat, des lois spéciales, n'ont pas pu être abrogés par le code civil, loi générale, et que d'après la Constitution, la bénédiction religieuse du mariage étant obligatoire, l'officier de l'état civil ne pourrait pas faire abstraction des empêchements édictés par les lois ecclésiastiques.

La Cour de cassation commence par affirmer que l'acception du mot « affinité » se trouve en étroite dépendance des idées religieuses particulières à chaque pays, ce qui explique le fait que, lorsqu'il s'agit de définir cette sorte de parenté, les commentateurs s'occupent du droit canonique ; seulement, les commentateurs français ont eu en vue le droit

canonique de l'Eglise catholique-romaine, tandis qu'en Roumanie c'est le droit de l'Eglise orthodoxe qui a toujours été en vigueur et qui l'est encore de nos jours.

Elle remarque, en outre, que le législateur roumain s'est éloigné en cette matière du législateur français, comme le prouve l'innovation contenue dans les art. 144 et 145 c. c., dont nous avons parlé plus haut, et que la disposition canonique, interdisant le mariage des deux frères avec deux sœurs, est en conformité avec la tradition du pays et la morale publique, auxquelles le législateur n'a voulu porter aucune atteinte.

Après avoir invoqué l'art. 22 de la Constitution qui impose la bénédiction religieuse du mariage, la Cour de cassation continue par ces considérants :

« Considérant que le mariage projeté par M. N. est formellement interdit par les anciens canons, et à savoir par la partie II, chap. I qui dispose : « Deux frères ne peuvent pas épouser deux sœurs, parce qu'ils sont au 4^e degré de parenté, de deux côtés, et par cela qu'il en résulterait une confusion des noms de parenté, car, s'ils s'étaient épousés, les sœurs seraient devenues des belles-sœurs et les frères des beaux-frères entre eux »

« Considérant qu'un décret du 4^e concile de Latran (1215) a abrogé l'empêchement résultant de ce qu'on appelait la deuxième et la troisième catégorie d'affinité, c'est-à-dire d'une part l'affinité imaginée entre le mari et les alliés des alliés de la femme, et d'autre part, celle d'entre la femme et les alliés de son mari ».

« Considérant que ce changement introduit dans la législation de l'Eglise catholique latine est resté étranger à l'Eglise grecque, qui de nos jours encore conserve ce que l'on appelle la deuxième et la troisième catégorie d'affinité ».

« Considérant que la religion orthodoxe de

l'Orient est la religion dominante de l'Etat roumain (art. 21 Const.) ».

« Considérant qu'en conformité avec l'art. 21 de la Const. c'est seulement l'autorité synodale centrale qui peut régler les affaires canoniques de l'Eglise orthodoxe roumaine ».

« Considérant que les lois spéciales, comme le sont les lois canoniques, ne peuvent pas être tacitement abrogées, mais seulement par des nouvelles lois spéciales ».

« Considérant qu'une intention contraire du législateur ne résulte point du tout clairement de l'art. 144 c.c., car la généralité du terme, dont se sert cet article, n'est pas de nature à fixer cette disposition dans le sens d'une abrogation de la loi spéciale mentionnée plus haut ».

Pour tous ces motifs la Cour suprême casse l'arrêt de la Cour de Jassy et envoie l'affaire devant la Cour d'appel de Focsani, actuellement à Galatz. Dans la séance du 11 juin 1879, cette dernière Cour s'est ralliée au point de vue de la Cour d'appel de Jassy.

La Cour de cassation n'ayant pas été saisie par un nouveau pourvoi, l'affaire n'a pas eu d'autre suite. Mais, malgré la décision antérieure de la Cour suprême, la plupart des auteurs s'empressent de déclarer que le code civil seul doit être appliqué, les canons de l'Eglise dominante devant être considérés abrogés.

C. La parenté *spirituelle* est celle qui résulte du baptême. Le canon 53 du synode *in Trullo* faisant passer la parenté spirituelle avant la parenté corporelle, on a d'abord décidé qu'elle constituerait un empêchement au mariage dans la même mesure que la parenté naturelle, c'est-à-dire jusqu'au 7^e degré inclusivement. Mais les dernières décisions synodales en ont fixé la limite au 3^e degré inclusivement.

Le code civil roumain reconnaît cette parenté, puisque d'après l'art. 145, le parrain ne peut pas épouser sa filleule ni la marraine son filleul.

D. La quasi-affinité (affinitas ficta) est la parenté qui résulte des fiançailles, assimilées au mariage quant à leurs effets.

Conformément à la circulaire du synode patriarcal de Constantinople du mois de septembre 1868, le mariage entre le fiancé et la mère veuve de la fiancée décédée est interdit. La même circulaire interdit également le mariage entre la fiancée et le fils du fiancé décédé, de même que le mariage entre la fiancée et le frère du fiancé décédé. Au troisième degré de quasi-affinité, les mariages sont permis.

Le code civil roumain ne connaît pas cette parenté ; d'ailleurs, les fiançailles religieuses deviennent de plus en plus rares, et l'Eglise orthodoxe, pour éviter certains inconvénients, célèbre les fiançailles immédiatement avant de célébrer le mariage.

E. L'adoption fait naître un rapport de parenté entre l'adoptant et ses parents d'une part et l'adopté et ses parents de l'autre part.

La parenté résultant de l'adoption a, en général, un caractère civil, car elle naît d'un acte de l'autorité civile. Les prescriptions relatives à l'adoption comme empêchement au mariage se trouvent dans les Basiliques XXVIII. 4. 24 et 5.8.

Mais l'adoption peut emprunter aussi un caractère religieux, lorsqu'elle est accompagnée des cérémonies religieuses prescrites. Dans ce cas, au point de vue de la parenté qui en résulte, l'adoption est assimilée à la parenté spirituelle, c'est-à-dire elle constituera un empêchement au mariage jusqu'au 3^e degré inclusivement.

Les dispositions du code civil roumain (art. 146, 148) concordent avec les prescriptions canoniques.

L'art. 146 interdit le mariage entre l'adoptant,

l'adoptée, la fille de celle-ci et la femme de l'adopté. L'art. 137 dispose que l'adopté ne pourra épouser ni la femme, la fille ou la mère de l'adoptant, ni la sœur de la mère ou du père de l'adoptant. Enfin l'art. 148 décide qu'on ne peut pas épouser la sœur adoptive de ses père, mère, oncle ou tante.

Toutefois, un peu plus loin, le législateur roumain, au titre De l'adoption, reproduit textuellement les termes de l'art. 348 c.c. français en contradiction avec les dispositions déjà prises. Il faut y voir une inadvertance des rédacteurs du code roumain, qui ont oublié qu'ils s'étaient prononcés dans la matière comprise sous le titre : Du mariage.

F. Le mariage des chrétiens avec les infidèles est interdit par le canon 14 du 4^e synode œcuménique et par le canon 72 du 6^e synode œcuménique.

Le code civil roumain, à la différence des codes civils serbe et autrichien, ignore ces prohibitions.

G. Il en est de même de la question du second mariage des prêtres orthodoxes.

D'après le droit canonique de l'Eglise orthodoxe, l'ordination constitue un empêchement au mariage : ce principe est affirmé par toute une série de canons, trouvant leur dernière expression dans le canon 6 du synode *in Trullo*. Par conséquent, le clerc marié, dont l'épouse venait à mourir, ne peut plus contracter un second mariage, même s'il devenait laïque par la perte de sa fonction spirituelle, de quelque façon que cette perte se fut produite.

Mais le code civil roumain ne contient aucune disposition à cet égard, ce qu'en bonne logique il aurait dû contenir, étant donnés les rapports de l'Etat roumain et de son Eglise « dominante ».

C'est à cause de cette absence de prescription dans le code civil roumain qu'actuellement il y a des prêtres orthodoxes, en nombre infime d'ailleurs, qui se

sont remariés légalement, uniquement devant l'officier de l'état civil, après le décès de leurs premières épouses.

Les chefs ecclésiastiques, dans la plupart des cas, se montrent indulgents, de telle manière que dans un diocèse les prêtres remariés sont déposés, conformément aux canons, tandis que dans les diocèses voisins ils continuent à exercer leur ministère sacerdotal.

La question du second mariage des prêtres veufs est d'ailleurs beaucoup discutée actuellement dans le monde orthodoxe. Elle a formé un des points du programme de la conférence pan-orthodoxe, tenue à Constantinople il y a trois ans, et semble s'acheminer vers une solution affirmative, dans le sens de la permission du second mariage.

III. — *Le divorce.* — La loi roumaine, comme l'ancienne loi française, reconnaît deux sortes de divorces : le divorce pour cause déterminée et le divorce par consentement mutuel. Cette dernière sorte de divorce est certainement contraire à la doctrine de l'Eglise orthodoxe, qui a soutenu pendant de longs siècles une âpre lutte contre le divorce « *ex consensu* ».

Les causes de divorce sont au nombre de quatre : 1) l'adultère du mari ou de la femme (art. 211 c.c.), sans qu'il y ait lieu de distinguer, si le mari a reçu ou non sa concubine dans la maison commune ; 2) les excès, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre (art. 212) ; 3) la condamnation de l'un des époux aux travaux forcés ou à la réclusion et 4) l'attentat de l'un des époux à la vie de l'autre ou le défaut de dénonciation d'un attentat contre l'un d'eux, dont l'autre a eu connaissance (art. 215). Cette dernière cause de divorcé est empruntée aux

anciennes lois du pays, conformes en cela à la doctrine de l'Eglise orthodoxe⁽¹⁾.

Bien que le code civil ne prévoie pas toutes les causes de divorce, il faut remarquer qu'en fait, la jurisprudence les admet presque toutes, en les qualifiant d'injures graves⁽²⁾.

D'après le code civil roumain (art. 277), les époux divorcés pour une cause déterminée ne peuvent plus se remarier ensemble, disposition contraire aux lois de l'Eglise, qui recommande la réconciliation dans tous les cas.

Un autre effet relatif à la personne des époux est qu'en cas de divorce pour cause d'adultère l'époux coupable ne peut jamais se marier avec son complice, disposition empruntée au droit canonique, qui considère la provocation au divorce comme empêchement au mariage.

Mais ce qui intéresse le plus, c'est l'attitude tout à fait passive de l'Eglise dans la question du divorce. Elle s'en désintéresse complètement, en abdiquant entre les mains de l'Etat le droit de dissoudre le mariage, même celui qui a reçu la bénédiction religieuse, et alors il arrive que des époux légalement divorcés uniquement devant l'autorité civile se présentent à l'Eglise pour obtenir la bénédiction religieuse de leurs nouvelles unions.

Quelle devrait être et quelle est l'attitude de l'Eglise vis-à-vis de ces nouvelles unions ?

(1) Contrairement au droit canonique, l'impuissance ne forme plus, d'après la loi civile, une cause de dissolution du mariage. Sous le code Kalimaki, elle constituait une cause de nullité du mariage ; aujourd'hui elle ne constitue même pas un empêchement prohibitif. En effet, de l'art. 162 c.c.r. il résulte que l'erreur de l'un des époux sur les qualités physiques ou morales, civiles ou sociales de l'autre ne constitue pas un vice de consentement ; c'est seulement l'erreur sur la personne physique qui peut entraîner l'annulation du mariage.

(2) Alexandresco, op. c. p. 111.

Logiquement, elle devrait refuser la bénédiction nuptiale aux époux, dont le premier mariage n'a pas été dissous par elle. Elle devrait les considérer comme liés par le premier mariage, à la dissolution duquel elle n'a pas participé, la nouvelle union ne pouvant être, aux yeux de l'Eglise, qu'un concubinage.

En fait, le clergé est extrêmement indulgent et pour ne pas laisser les fidèles se refroidir et s'éloigner de l'Eglise, il donne la bénédiction nuptiale aux seconds mariages des époux divorcés seulement par les tribunaux civils.

En faisant cela, remarque un écrivain roumain⁽¹⁾, le clergé perd petit à petit son prestige, en laissant croire que l'autorité civile est toute puissante, même dans les questions purement religieuses.

Pour l'Eglise, la solution ne peut résider que dans le retour aux dispositions canoniques, en refusant la bénédiction religieuse aux mariages contractés au mépris des canons et en dissolvant elle-même les mariages, conformément à sa doctrine, à l'aide de ses organes judiciaires, ou tout au moins en participant à la dissolution des mariages par les tribunaux civils, au moyen des représentants du clergé tant au tribunal de première instance qu'à la Cour d'appel.

(1) Teodor Focsâneanu, Les mariages entre parents et le divorce actuel (en roumain), p. 17, Bucuresti, 1891.

CONCLUSION

L'Eglise orthodoxe admet, dans certains cas, la dissolution complète du lien conjugal. De la présente étude, il résulte que cette doctrine se base sur les deux textes de Saint Mathieu V-32, XIX-9, prohibant le divorce « sauf en cas d'adultère », textes qui ont donné lieu à la grosse controverse exposée ci-dessus. En outre, l'Eglise orthodoxe invoque les opinions d'un très grand nombre de Pères et de conciles des huit premiers siècles chrétiens.

Par ailleurs, nous avons constaté qu'en vertu du principe, selon lequel dans les questions non résolues par les canons la loi ecclésiastique doit s'en tenir à la loi civile, l'Eglise orthodoxe a accepté un certain nombre de causes de divorce établies par les empereurs des premiers siècles chrétiens ; de la sorte, la Nouvelle 117 de Justinien constitue, encore de nos jours, le texte fondamental en matière de divorce.

Nous avons montré enfin que le *criterium* de l'admissibilité des causes de divorce établies par la législation civile réside dans l'acceptation ou le rejet qu'en a fait la collection de canons écrite à la fin du IX^e siècle et longtemps attribuée à Photius.

Les différents Etats de l'Orient orthodoxe ont accepté les principes de la législation ecclésiastique à cet égard, sauf, parfois, à modifier légèrement le nombre des causes canoniquement admises.

Il y a des pays où la compétence en matière matrimoniale appartient encore à l'autorité ecclésiastique, dans d'autres, comme la Roumanie, cette compétence est attribuée à l'autorité civile ; le mariage contracté uniquement devant l'officier de l'état civil est déclaré valable, malgré la situation prétendue

privilegiée de l'Eglise orthodoxe dite « dominante » dans l'Etat roumain.

D'ailleurs, nous avons vu que dans ce dernier pays de graves divergences se sont produites et persistent, sur plusieurs points, entre les lois civiles et les lois ecclésiastiques. L'origine s'en trouve dans l'adoption par la Roumanie d'une législation étrangère, supérieure sans doute à la législation locale, mais non adaptée aux traditions du pays et aux prescriptions de l'Eglise de la grande majorité des Roumains.

De toute façon, même dans les pays où le mariage est ainsi considéré, comme un contrat purement civil, on constate que les Eglises orthodoxes respectives veulent reconquérir la compétence en matière matrimoniale.

Quant au divorce en particulier, elles s'efforcent d'obtenir le droit pour leurs propres tribunaux de dissoudre les mariages, sinon exclusivement, tout au moins en concours avec le pouvoir civil.

(FIN)

Paris, le 20 Avril 1925,

Vu, l'Assesseur du Doyen :

Vu, le Président :

H. TRUCHY.

P. FOURNIER.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

Paul APPELL.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE	1
INTRODUCTION. — Idée générale sur l'Eglise orthodoxe	3

PREMIERE PARTIE

CHAPITRE I. — La doctrine de l'Eglise orthodoxe en matière de divorce.	
§ 1. L'indissolubilité du mariage.....	13
§ 2. L'exception « sauf en cas d'adultère »....	14
§ 3. La doctrine des Pères de l'Eglise et des Con- ciles des huit premiers siècles chrétiens....	20
§ 4. La doctrine sur le divorce dans les siècles suivants (IX-XVI).....	48
CHAPITRE II. — Aperçu historique. — Le divorce par consentement mutuel.....	55

SECONDE PARTIE

CHAPITRE I. — Les causes de dissolution du mariage. — Classification. — Dissolution des fian- çailles	65
§ 1. Les causes canoniques de divorce.....	69
§ 2. Les causes de divorce établies par la légis- lation civile et acceptées par l'Eglise.....	96
§ 3. Les causes de divorce établies par la législa- tion civile et non acceptées par l'Eglise....	103
CHAPITRE II. — La procédure du divorce et le second mariage	112

TROISIEME PARTIE

CHAPITRE UNIQUE. — Les divergences entre les lois civiles roumaines et les lois canoniques en matière de mariage.....	129
§ 1. Divergences autres qu'en matière de ma- riage	131
§ 2. Les divergences en matière de mariage....	136
CONCLUSION	163
TABLE DES MATIÈRES	166

PARIS. — LES PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE
